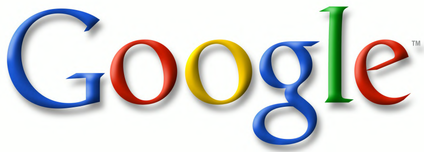
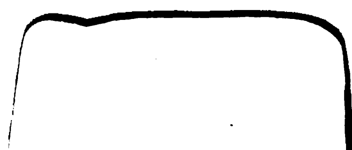
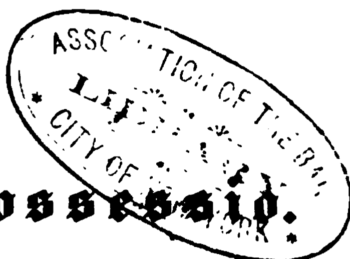

Google









Die

Bonorum possessio.

Ihre geschichtliche Entwicklung

und

heutige Geltung,

dargestellt

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,
Privatdocenten zu Göttingen.

Erster Band.

Göttingen,
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1844.

365857

Inhaltsangabe.

Erstes Buch.

Ursprung und Begriff der bonorum possessio.

Erstes Kapitel.

Entstehung der bonorum possessio.

Zweites Kapitel.

Subjecte der bonorum possessio.

Drittes Kapitel.

Objective in der bonorum possessio enthaltene Rechte.

Einleitung.

Die Arbeit, welche ich hier der Oeffentlichkeit überliefere, bedarf einiger vorgängiger Bemerkungen über den Werth und die Bedeutung des darin behandelten Gegenstandes. Es kann mir dabei nicht in den Sinn kommen, eine Anpreisung der Waare, welche ich darbiete, zu unternehmen, ich bezwecke vielmehr nur, aus der Beschaffenheit des Gegenstandes von vorn herein die Principien zu entwickeln, welche mich bei der Abfassung dieses Werkes geleitet haben.

Wenn es richtig ist, daß es die Aufgabe der Theorie sei, ein jus finitum herzustellen, wie dies möglich und nothwendig ist [1]), damit der Praxis für die Subsumtion der Lebensverhältnisse unter die Rechtsregeln vorgearbeitet werde, — so folgt daraus, daß wir als Maaßstab für den Werth irgend einer Rechtslehre immer vor Allem die Frage nach ihrer practischen Anwendbarkeit beantworten müssen. Und in der That beschäftigen sich damit bei gar vielen Instituten des Römischen Rechtes die Juristen höchst eifrig. Die bonorum possessio aber hat von jeher das Schicksal gehabt, einer solchen Beachtung sich nicht eben rühmen zu können.

---

1) . . . . . quum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. Fr. 2. de jur. et facti ign.

Man kann eine Reihe von Schriftstellern aus den vorigen Jahrhunderten nachsehen, ohne Anderes bei ihnen zu finden, als einige allgemeine Bemerkungen, daß schon nach dem neuesten Justinianeischen Rechte und jedenfalls nach der modernen Praxis der bei weitem größte Theil des Prätorischen Erbrechtes antiquirt sei. Eine tiefer eingreifende Untersuchung, eine klare Darstellung der Principien, unter denen Justinian dasselbe in sein Rechtsbuch aufgenommen habe, suchen wir vergebens, und doch finden wir wieder ganze Theile des Institutes, wie z. B. gar Manches von der sec. tab. b. p. so vorgetragen, als wenn eine allgemeine Anwendbarkeit derselben nicht bezweifelt werden könnte. Bei solcher Unentschiedenheit der Ansichten konnte es nicht fehlen, daß das Ganze immer nur höchst dürftig abgehandelt wurde, und sehr naiv entschuldigt dies z. B. Voet in seinem Pandektencommentar mit der Wendung, daß man mit der sterilen Darstellung dieser meist antiquirten Lehre gewiß zufrieden sein werde, indem er dafür das so höchst praktische — Ehnrecht zur Compensation an dieser Stelle eingeschoben habe.

Consequenter sind dem gegenüber die Juristen, welche, wie z. B. Domat, die b. p. ganz und gar aus dem Gebiete des heutigen Rechtes streichen, und in einer Dissertation von Stupp (de fatis bon. possessionum sub Imperatoribus post ICtos in Pand. excerptos. Bonn 1793.) wird ihrer practischen Anwendbarkeit freudvoll eine Leichenrede gehalten: „Quos de hac re consultos novi viros in ipsis rebus agendis exercitatissimos, hi ingenue fassi sunt, sibi hujus rei exemplum datum non esse. Quod cum intolerabili judicum ignorantiae adscribunt alii, ego de felicissimo hoc ignorantiae genere juri, quo utimur, etiam atque etiam gratulari malo.“ — Zornig erhebt sich dagegen der Kanzler Koch, der die b. p. in einer eigenen weitläuftigen Monographie behandelt hat [2]), und ihr, (auch wohl um sein Buch nicht unnütz geschrieben zu haben) eine umfassende practische Bedeutung vindicirt [3]). Aber

---

2) Bonorum possessio. Literarisches Testament, nebst Commentar, Revision und Codicill. Gießen 1799.

3) S. 351 heißt es gegen Stupp: „Wenn man so in der Jurisprudenz

bei Koch, der als praktischer Jurist in großem Ansehen stand, und das Historische durchaus vernachlässigt, fließen gerade antiquirte und anwendbare Rechtssätze in eine so wilde unorganische Masse zusammen, daß ein klares Endresultat nicht im Geringsten erlangt wird. Es zeigt sich bei ihm, so auffallend wie wie nur möglich, daß, wer practisches Recht darstellen und doch sein Studium nicht auf die geschichtliche Entwicklung desselben richten will, allenthalben der Gefahr unterliegt, völlig antiquirte Rechtssätze als geltend aufzuführen, und umgekehrt durchaus anwendbare Punkte gänzlich zu übersehen.

Indessen begann schon um diese Zeit ein anderer lebensvollerer Geist in die Rechtswissenschaft zu kommen, und dieser hat auch gerade auf die Bearbeitung der b. p. seine Einwirkungen geäußert. Hugo, der unsterbliche Erwecker und Förderer dieser Richtung hat auch selbstthätig auf die Erforschung des Ursprungs der b. p. und ihrer geschichtlichen Fortbildung eingewirkt. Seitdem aber hat rege Thätigkeit geherrscht, die so vielfach dunklen Partien dieser Lehre aufzuhellen. Die früheren Schriftsteller, selbst Cujacius und Donellus, begnügten sich mit der allgemeinen Antwort, die b. p. sei vom Prätor eingeführt, um das in enge Kreise eingeschlossene Civilrecht, welches in einzelnen Stücken beibehalten worden sei, in anderen Punkten theils zu erweitern, theils direct umzuändern; aber der Prätor habe natürlich Niemanden zum heres machen, sondern seine Erben nur loco heredis hinstellen können; und somit hielt man die Ulpiansche Definition in fr. 3. §. 2. de b. p. — sie sei das jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, quum moritur, fuit, — für genügend erklärt. — Man hat eingesehen, daß das nicht genüge; daß die b. p., dies außerordentlich weitgreifende Institut, wie Alles im Römischen Recht aus kleinem Ursprunge müsse hervorgegangen sein, daß es lange Zeit gedauert habe, ehe sie zu dem

raisonniren dürfte, so würde man das ganze Corpus juris civilis leicht ganz wegraisonniren können; und dann hätten die Ignoranten und Rabulisten gewonnenes Spiel, um ihr Corpus juris cerebrini in den Hörsälen nicht allein, sondern auch in den Gerichtsstuben, als das allein geltende Gesetzbuch ausschreien zu können."

wurde, was sie zu Ulpians Zeiten war, und daß sie seitdem unter der Einwirkung der späteren Kaiser und namentlich Justinians, wieder eine ganz andere Gestalt gewann. Man ist sich bewußt geworden, daß diese Entwicklung auch für das Verständniß des practischen Rechtes nothwendig sei, weßhalb sie denn auch in den Pandektencompendien nie ganz unerwähnt bleiben dürfe [4]). Die Ansichten über Entstehung der b. p. sind sich nun in raschem Wechsel gefolgt, in der verschiedensten Weise sind einzelne Punkte des ganzen Institutes benutzt worden, in denen die Abhülfe eines Mangels des älteren Rechtes enthalten war, um daraus dann die weitere Entwicklung des Prätorischen Erbrechtes abzuleiten.

Ein solches Auftauchen immer neuer Ansichten beweist wenigstens, daß die vorhergehenden noch nicht gehörig dargethan sein müssen, und überhaupt sind auch schon Stimmen laut geworden, welche voraussagen, daß wir hier wohl nie zu einem entschiedenen Resultate gelangen würden [5]). Das muß die Zeit lehren. Jedenfalls aber scheint es unsere Pflicht, daß wir bei den Forschungen über den Ursprung des Instituts nicht den letzten Theil seiner Geschichte übersehen. Von der b. p., wie sie zu Ulpians Zeiten bestand, können wir uns ein ziemlich klares Bild construiren, wenn freilich auch hierfür bei einzelnen Punkten die Ansicht über den Ursprung von der größten Wichtigkeit ist. Was von da an bis auf Justinian sich änderte, und namentlich was dieser aus dem ganzen Institute gemacht hat, muß uns offenbar am meisten zur Prüfung anziehen, indem darin gerade die unmittelbare Entwicklung des practischen Rechtes liegt. Und wenn wir auch im Verhältniß zu der Menge des Antiquirten nur ein Minimum des geltenden Ueberrestes als Resultat erlangen, so ist doch dies Minimum wahrlich immer noch bedeutend genug, um der Arbeit werth zu sein.

Wer die Literatur kennt, wird mir zugeben, daß hierin noch äußerst wenig gethan ist. Außer einer trefflichen, aber

---

4) Mühlenbruchs Pand. Vorrede zur 2. Aufl. S. IX.

5) Arndts Beiträge zu versch. Lehren des Civilrechts und Civilprocesses. (1837). H. I. S. 110.

nur kurzen Abhandlung von Löhr[6]), beschränkt sich Alles, was wir darüber lesen, auf einzelne zerstreute Notizen in Abhandlungen und Compendien, welche mit dem, was in anderen Lehren (z. B. der Ersitzung, der Legatenlehre) über die Justinianischen Zusammenschmelzungen gesagt und gestritten wird, in keinem Verhältniß steht. Freilich ist auch in Beziehung auf die b. p. kein eigenes Justinianisches Gesetz, wie z. B. bei der Ersitzung die l. un. C. de usuc. transform. vorhanden, welches uns gleich äußerlich die verschmelzenden Tendenzen seiner Gesetzgebung zu erkennen gäbe. Daß der Institutionentitel de bonorum possessionibus die Stelle eines solchen Gesetzes vertreten sollte, ist nicht Jedem klar geworden.

Schon bei Gelegenheit einer im Jahre 1841 von mir herausgegebenen Dissertation (Historia bonorum possessionis secundum tabulas) hatte ich die Absicht gehabt, diesen einen Zweig des Ganzen bis zu dessen heutiger Bedeutung zu verfolgen. Indessen hielt mich davon theils der Raum einer solchen Schrift, theils die Betrachtung zurück, daß es besser sei, die Untersuchung gleich auf die practische Gültigkeit der gesammten b. p. zu richten, indem gar manche Argumentationen sich auf das ganze Institut bezögen, und es nur unpassend sein könne, sie bloß auf die secundum tab. b. p. anzuwenden. Ich entschloß mich also zu einer umfassenden Darstellung des heutigen Rechts der b. p. Aber diese führte mich stets wieder auf die früheren Zustände zurück, und ich sah ein, daß ich das spätere Recht nur nach Entwicklung meiner Ansichten über das frühere werde klar machen können.

So ist das Werk entstanden, von dem hier der erste Band erscheint, welchem der zweite sobald als möglich nachfolgen wird. Ich hoffe nicht, daß man mir den Vorwurf der Weitschweifigkeit aufbürden werde, weil ich nicht in Einen Band das Ganze zusammenzufassen im Stande gewesen wäre. Man wird es vielleicht erkennen, wie sehr ich bemüht gewesen bin,

---

6) In seinem Magazin III. 333—353.

mit dem Streben nach vollkommener Deutlichkeit das nach möglichster Kürze zu vereinigen, und wie ich gar häufig nicht unwichtige Punkte um der Ersparung des Raumes willen von der Darstellung ausgeschlossen habe. Der Umfang der b. p. ist ein zu bedeutender, als daß eine gründlichere Darstellung desselben durch Rücksichten auf den Raum eines Druckbandes beherrscht werden könnte.

Dem ganzen vor mir liegenden Gegenstande habe ich eine solche Anordnung gegeben, daß man sie theils eine historische, theils eine dogmatische nennen kann. Wenn es nämlich die allgemeine logische Vorschrift ist, mit der Entwicklung des Begriffs anzufangen, so kann dies doch in Folge der speciellen Natur des zu behandelnden Gegestandes seine besondere Gestalt annehmen. Die weitläuftigste Definition der b. p. besitzen wir von Ulpian in fr. 1. und 3. pr. — §. 2, de bonorum possessionibus. Nun aber wird Niemand noch den Beweis verlangen, daß diese Definition von Ulpian in ganz anderem Sinne genommen wurde, als wie Justinian, der sie in die Pandekten recipirte, sie genommen wissen will. Wir können also nicht mit dem Begriff der b. p. unter Justinian anfangen, wir müssen Ulpians Definition erst aus der zu seiner Zeit bestehenden Gestalt des Institutes rechtfertigen. Ulpian aber definirt die b. p. ebenso wie schon Labeo es gethan hatte. Ferner bezeugt Cicero, in einer später anzuführenden Stelle, daß wie zu seiner Zeit die b. p. bestand, so sie von ihrer Entstehung an gewesen sei, und da nun auch Labeos Definition durchaus auf Ciceros Zeit paßt, so folgt, ganz abgesehen noch von anderen Beweisen, schon hieraus, daß sich ein System der b. p. müsse construiren lassen, dessen Inhalt, genau in sich selbst zusammenhängend, vollkommen mit der Ulpianschen Definition übereinstimmt, und also, da diese Definition schon auf die ältesten Zeiten paßt, auch als die älteste Gestalt der b. p. angenommen werden muß.

Ebensowenig aber, wie mit dem Inhalt eines Dinges dessen Umfang verwechselt werden darf, können wir uns nun auch wundern, daß die Ausdehnung der b. p. zu Ulpians Zeit eine bei weitem größere war als anfangs. An dasjenige, was sie ursprünglich allein gewesen, und was auch noch später un-

verändert fortbestand, hatte sich, bei dem Drange nach Ausbildung des Römischen Rechts, in Folge besonderer Veranlassungen gar Manches angesetzt, welches theilweise noch durchaus mit dem ursprünglichen Begriffe der b. p. übereinstimmte, theilweise aber schon als nicht damit zu vereinigende Ausnahme sich neben denselben stellt. Unter Ersteres rechne ich namentlich das Erbrecht der Cognaten und Ehegatten, unter letzteres die contra tabulas und unde liberi bon. possessio. Indem der Prätor selbst schon Schritte that, welche, vom ursprünglichen Standpunkte des Institutes aus betrachtet, als Ausnahmen aufzufassen sind, so wurde dadurch die Brücke gebaut zu der vollständigen Umgestaltung, welche in der späteren Kaiserzeit dem ganzen Begriff der b. p. widerfuhr.

Ich habe nun versucht, in diesem ersten Bande den eigentlichen Kern des ganzen Institutes zu construiren, so wie wir ihn bereits für die ältesten Zeiten uns zu denken haben, wie er aber auch noch in der Blüthe der Römischen Jurisprudenz fortbestand. Daraus rechtfertigt sich erst Ulpians Definition, die daher am Ende dieses Bandes erklärt werden mußte. Im Anfange des zweiten folgen die Theile, welche wir auch hinwegdenken könnten, ohne damit die b. p. aus dem Römischen Rechte zu streichen, d. h. die neuen vom Prätor eingeführten Erbklassen. Das Ende des zweiten Bandes wird dann die Umgestaltung der späteren Zeit und namentlich Justinians Reception umfassen.

Hieraus geht hervor, daß (wie es auch bei einem Stoffe gleich dem unsrigen gar nicht anders denkbar ist), die Darstellung im Allgemeinen dem Lauf der Zeiten folgt. Indeß habe ich mich daran keineswegs streng binden wollen. Punkte, die auch schon in der früheren Zeit vorhanden, nur in äußerlicher Verbindung mit dem Hauptsysteme der b. p. stehen, habe ich, wenn sie unter Justinian ebenfalls zu erwähnen waren, aus dem Gebiete des ersten Bandes ganz ausgeschieden, um sie, (wie z. B. die decretalis b. p.) später in Eins darstellen zu können.

Die Entwicklung dieses ersten Bandes bildet in seinen Grundzügen ein genau in sich selbst zusammenhängendes Ganze, von dem man nicht wohl einen Stein wegnehmen kann, ohne

nicht auch das Uebrige zu zertrümmern. Ob es auf Sand erbaut sei, oder in festem Boden seinen Grund habe? — Andere haben das zu beantworten, und ich warte bescheidentlich des Urtheils. Nur bitte ich bei der Beurtheilung der Grundprincipien meiner Schrift folgende drei Punkte zu trennen. Meine Ansicht über die ursprüngliche Gestalt der b. p. läßt sich kurz genug ausdrücken: sie war Nichts als die Einführung einer successio unter den schon im Civilrecht bestehenden Erbklassen. Es liegt mir also ein dreifacher Beweis ob:

1) daß das Civilrecht anfangs gar keine successive Berufung der ihm bekannten ordines enthielt;

2) daß das Prätorische Recht auch der späteren Zeit entschieden eine successio unter den civilrechtlichen ordines anerkennt; und

3) daß sich gerade aus der Einführung dieser successio unter den civilrechtlichen Erbklassen der Ursprung der gesammten b. p. entwickeln lasse.

Diese drei Punkte ließen sich indeß in der Darstellung selbst nicht auch so äußerlich auseinander halten, daß sie ebensoviele Kapitel dieses ersten Buches ausgemacht hätten. Der Gegenstand und die Beschaffenheit der Quellen, aus denen zu beweisen war, geboten vielmehr eine ganz andere Anordnung der Argumentation. Aber der Leser wird leicht erkennen, was Alles im Laufe der Darstellung zum Beweise jener drei verschiedenen Punkte angeführt ist. Das auf den ersten Bezügliche ist vollständig bereits in diesem Bande enthalten. Ebenso auch Alles, was in Rücksicht auf den dritten Punkt direkt darzuthun scheint, daß die ursprüngliche Gestalt der b. p. nur eben die civilrechtlichen ordines umfaßt habe, wogegen die entgegengesetzten positiven Beweise, daß die eigenen Prätorischen Erbklassen aus besonderen späteren Veranlassungen hervorgegangen seien, natürlich erst im zweiten Bande bei diesen Erbklassen selbst ihre Stelle finden konnten.

Was aber jenen zweiten Punkt betrifft, der offenbar nach logischer Ordnung erst bejaht werden muß, ehr von dem dritten die Rede sein kann, so sind auch dafür bereits Beweise in diesen ersten Band verwebt worden, aber dabei bleibt der Uebelstand, daß doch die Argumente, welche mir diesen noch

vielfach bezweifelten [7]) Satz entschieden zu bestätigen scheinen, erst in Verbindung mit den neuen Prätorischen ordines dargestellt werden können. Ich sehe mich also genöthigt, wenigstens Einiges hier vorauszunehmen.

Daß der Prätor jedenfalls auf die scripti heredes die erste Klasse der legitimi folgen läßt, wird von Niemand in Zweifel gezogen. Aber wie er die im ordo unde legitimi zusammengefaßten drei Klassen: den suus, den proximus agnatus und die gentiles behandelt habe, das ist die Frage. Ueber das Verhältniß der Gentilen zu den Agnaten fehlen uns erklärlicher Weise alle Quellenaussprüche. Aber wenn wir finden, daß der Prätor zwischen dem suus und den Agnaten eine successio anerkannt, so ist nicht der geringste Grund dagegen, daß er nicht das Verhältniß zwischen Agnaten und Gentilen ebenso sollte gestellt haben. In Beziehung auf die Ersteren aber sagt Gaius III. 27. ausdrücklich:

> Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat.

Also die capite non deminuti agnati ruft er doch, nachdem er vorher die sui berufen und diese die angebotene Frist nicht benutzt haben; mit andern Worten zwischen beiden Klassen besteht eine successio. — Man kann diesem Resultate auch nicht dadurch entfliehen, daß Gaius hier in Beziehung auf die sui nur vom ordo unde liberi rede, von dem er im §. 26. allerdings spricht. Er faßt nämlich die Berufung der liberi qui legitimo jure deficiuntur offenbar nur als eine weitere Ausdehnung der Klasse der sui auf, also hätte auch nicht in Beziehung auf die übrigen liberi angenommen werden können, was nicht schon bei den sui galt. Und wie soll man sich es überhaupt denken, daß im Prätorischen Rechte je der proximus agnatus gerufen worden wäre, wenn nicht unter den legitimi eine ordinum successio gegolten hätte? Nach der Klasse unde liberi wird immer noch einmal der suus allein als legitimus berufen (fr. 1. §. 11. de success. edicto),

---

7) So z. B. trägt es Danz R. G. II. S. 62 als sich von selbst verstehend vor, daß die b. p. unde legitimi die Civilintestaterben ohne ordinum successio berufen habe.

wäre also von ihm kein Uebergang auf den proximus agnatus gewesen, so hätte ja nie eintreten können, was Gaius so klar sagt, daß der Prätor post suos heredes secundo gradu agnatos vocat [8]).

Wir wissen entschieden, daß der Prätor den suus, den proximus agnatus und die gentiles zur b. p. gerufen hat, und so können wir denn auch keinen Zweifel hegen, daß bei diesen dreien die ganz allgemeine Regel des successorium edictum eintritt.

Fr. 1. §. 10. de successorio edicto. — Quibus ex Edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum . . . . . non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.

Ich glaube schon nach dieser Argumentation jenen zweiten Punkt als feststehend annehmen zu dürfen, für welchen sich aber im Verlaufe des Werks noch andere Beweise ergeben werden.

Dieselben Ursachen, welche mich zwangen, jene drei Grundelemente nicht auch äußerlich für die Anordnung der Untersuchung zu benützen, haben auch der Darstellung selbst ihre besondere Gestalt und ihre Gränzen gegeben; und daraus läßt sich zugleich noch eine zweite Antwort auf die obige Frage, welchen Werth das Institut der b. p. und ihr Studium uns gewähre, entwickeln. Wenn es nämlich einestheils unsere dringende Pflicht ist, zu einer genauen Erfassung des practisch anwendbaren Rechtes, die b. p. in ihrer gesammten historischen Fortbildung kennen zu lernen, so bietet uns die Einsicht in die früheren Entwicklungsstufen dieses Institutes auch noch andere bedeutende Vortheile.

Die b. p. hat nicht allein in das ganze Römische Erbrecht wesentlich modificirend eingegriffen, sie steht auch, bei dem

8) So auch in einer anderen Stelle III. 37.: Idem juris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo jure: nam et agnato competit quidem bonorum possessio.

organischen Ineinandergreifen alles Rechtes, mit anderen Instituten in enger Verbindung. Verstehen wir jene, so wird auch die Kenntniß dieser dadurch gefördert werden und umgekehrt. Daher habe ich von Anfang an bei dieser Arbeit nicht bloß die Absicht gehabt, auf jeder Seite von der b. p. zu reden. Ich wollte auch andere naheliegende Punkte nicht vorbeigehen, sobald sich daraus für die genauere Erkennung des Hauptthemas etwas gewinnen ließ, und so kommt es, daß hier und dort längere oder kürzere Episoden eingeflochten worden sind, über die pro herede usucapio, die hereditatis petitio, die civilrechtlichen Testamentsformen, das in bonis, die possessio, die Interdicte.

Freilich kann der Schriftsteller dadurch leicht zu einer Auflösung des Zusammenhangs, zu einem planlosen Hin- und Herschwärmen geführt werden, und so die Vortheile einer strengen, nicht rechts noch links schauenden Argumentation aus den Händen geben. Ich weiß nicht, ob ich mich solcher Fehler habe zu Schulden kommen lassen, ich habe wenigstens gestrebt sie zu vermeiden. Gar manche Punkte, die bereits ausgearbeitet vor mir lagen, sind wiederum ausgeschlossen worden, sobald ich einsah, daß sie ohne wesentlichen Nachtheil für das Zurückbleibende sich unterdrücken ließen. Gleiches Schicksal der Unterdrückung, wird man vielleicht meinen, hätte ohne Schaden die in den §§. 39—43 enthaltene Geschichte des natürlichen Eigenthums erleiden können, und in der That war ich eine Zeit lang dazu entschlossen. Allein als ich Hand ans Werk legte, vermogte ich den Entschluß nicht aufrecht zu erhalten. Ich würde ein bedeutendes in der b. p. enthaltenes Recht nur unklar haben entwickeln können, gar manchen für die ganze b. p. aus demselben von Anderen gemachten Schlußfolgerungen würde ein Spielraum gelassen sein, den ich nicht glaubte zugestehen zu dürfen, und namentlich würde sonst, (wie aus §. 42. Note 1 erhellt), einer der Grundsteine gefehlt haben, auf dem ich überhaupt meine Ansicht über den Ursprung der bonorum possessio aufbauen konnte. —

Bei so vielen in die Untersuchung gezogenen Punkten konnte es nicht fehlen, daß ich gegen gar berühmte, von mir hochverehrte Namen auftreten mußte. Ich habe es unterlassen,

sie regelmäßig mit einem wohlklingenden Epitheton ornans aufzuführen. Bei der häufigen Nennung derselben würde mir am Ende die Abwechslung schwer geworden sein, und nicht von der Hinzufügung oder Weglassung solcher Phrasen, hängt die Entscheidung über arrogantes oder bescheidenes Auftreten eines jungen Schriftstellers ab. Es kommt auf den Ton an, in dem er controvertirt, dieser kann trotz der schönsten Redensarten ein gehässiger sein, und er kann umgekehrt trotz schmucklos erhobenen Widerspruches Hochachtung gegen große Verdienste und Dankbarkeit für empfangene Belehrungen athmen. Da mich diese Hochachtung, diese Dankbarkeit bei der Abfassung des vorliegenden Werks nie verließen, so läßt mich das hoffen, daß ich auch den rechten Ton des Widerspruches getroffen habe. — Aber dabei muß ich noch Eins bemerken.

Es ist nicht bloß das Recht, es ist umgekehrt sogar die Pflicht des Schriftstellers, nicht lediglich seine Ansichten und deren Gründe dem Publikum vorzulegen, sondern dabei auch stets den Grad seiner Ueberzeugung auszudrücken. Niebuhr hat das in einem berühmten Briefe ausgeführt und danach habe ich mich gerichtet. In der b. p. läßt sich nicht Alles mit directen Quellenzeugnissen belegen, und doch dürfen wir, was in den Quellen fehlt, nicht umgehen, wir müssen mit Vermuthungen aushelfen. Diese sind oft mehr oft minder wahrscheinlich, am meisten muß für sie natürlich sprechen, wenn das Specielle sich dadurch in ein einfaches gefügiges Ganze bringen läßt. Ich habe es mir angelegen sein lassen, nicht bloß Stellen zu interpretiren, sondern auch von der lebendigen Anwendung der b. p. bei den Römern ein anschauliches Bild mir zu construiren. Gar Mancher, der über die b. p. weiter nachgedacht hat, wird mir vielleicht Recht geben, daß bei vielerlei Punkten, selbst wenn sie in an sich klaren Stellen uns mitgetheilt werden, sich doch nicht recht denken lasse, wie sich eigentlich deren Anwendung im practischen Rechtsleben der Römer gestaltet habe. Und doch war die ganze b. p., wie wohl Jeder zugeben wird, gar nicht aus allgemeinen Theorien, sondern aus unmittelbaren Bedürfnissen der Praxis bei Regulirung der Erbschaftsangelegenheiten hervorgegangen. Man muß nie vergessen, daß der Prätor nicht Rechtssätze in seinem Edicte

aufstellt, deren Anwendung aufs Leben nun Anderen überlassen worden wäre, sondern ihm selbst steht auch im einzelnen Falle die Ertheilung der b. p. zu, und nur bei den daraus folgenden Klagen wird dann ein judex zugezogen. Daß also der Prätor die eigene Oberaufsicht über die Erbfälle, und das selbstthätige Eingreifen zu deren Regulirung nie aus den Händen giebt, dieß muß auch zum Verständniß der im Edict über seine eigene Thätigkeit proponirten Regeln von großer Bedeutung sein. — Das Bild, welches sich über dies entschwundene Leben der b. p. bei mir gestaltet hat, ist das Maaß gewesen, nach dem sich der Grad meiner Ueberzeuguug in der Erklärung gar vieler Punkte nothwendig richten mußte. Ich habe diesen selbst stets mit angedeutet, nicht etwa daß ich da wo ich vollkommen überzeugt war, nicht auch die Möglichkeit voraussetzte, daß ich irren könnte, — sondern damit der Leser aus den einzelnen Fällen, jenachdem ich sie für bloß wahrscheinlich oder für gewiß hielt, desto besser urtheilen könne, ob das allgemeine Bild selbst, welches sich hier im einzelnen Falle abspiegeln soll, das richtige sei, oder nicht.

Ich würde mit dem, was ich in dieser Einleitung vorauszuschicken hatte, hier zu Ende sein, wenn ich nicht wegen zweier Vorwürfe mich noch rechtfertigen müßte, die man mir zu machen vielleicht geneigt wäre.

Der erste scheint meine vollkommene Schuld zu enthalten. Man scheidet bei dem ganzen großen Systeme der b. p. immer gleich zuerst zwei Hauptklassen, nämlich die Successionen in das Vermögen eines Freigelassenen und eines Nicht-Manumittirten. Ich habe nun jene erste Klasse von dem Gegenstande der Darstellung ganz ausgeschlossen.

Hätte ich sie auch aus dem Kreise meiner Vorstudien verbannt, so würde ich freilich nicht zu vertheidigen sein. Aber auch die Trennung von diesem Werke wird an sich noch nicht dadurch gerechtfertigt, daß natürlich von einer practischen Anwendbarkeit nicht mehr die Rede sein könne, oder daß der Raum nicht hingereicht habe. Denn es ließe sich dabei noch immer denken, daß gerade hier der Ursprung des ganzen In-

stitutes liege, welches dann erst auf Nicht-Manumittirte übertragen worden wäre, so daß Alles, was in Beziehung auf Letztere als selbständiger Entstehungsgrund dargestellt wurde, in sich selbst zusammenfiele. Aber gerade diesen Gedanken halte ich für vollkommen unmöglich, und da er mir nicht einmal eines Gegenbeweises zu bedürfen scheint (er ist ja auch noch nirgends aufgestellt worden), so durfte ich nun allerdings um jener anderen beiden Gründe willen den ganzen Gegenstand von diesem Werke ausschließen. Wir können an allen Orten erkennen, daß die b. p. liberti durchaus gleichen Schritt gegangen ist mit der b. p. ingenui. Und wenn wir also annehmen dürfen, daß der Prätor bei der Letzteren anfangs nur eine successio unter den vier civilrechtlichen Erbklassen (ex test. — sui — prox. agn. — und gentiles) eingeführt habe, so versteht sich von selbst, daß er, auch wenn ein Freigelassener starb, hier die vier Klassen des scriptus, des suus, des patronus und der gentiles hintereinander gerufen haben muß [9]). Ferner als dann später der Prätor sich veranlaßt sah, die Cognaten und Ehegatten zur Erbschaft zu rufen, als er endlich den liberi ein der civilen testamentarischen sowie der Intestaterbfolge vorgehendes Successionsrecht (contra tabulas und unde liberi b. p.) gewährte, mußten offenbar diese Grundsätze ebensogut bei ingenui als bei liberti angewandt werden. Man kann gar

9) Diese vier Klassen finden wir ja noch in der späteren Zeit wieder, und zwar auch im Einzelnen mit denen bei der Erbschaft eines ingenuus gleichen Schritt haltend. So z. B. wird, ebenso wie der Prätor nur den proximus agnatus ruft, auch in der Klasse des Patrons nur der proximus zugelassen (Fr. 23. §. 1. de bon. libert.). Aus diesem Grunde kann das Recht der b. p. liberti uns auch für die b. p. ingenui von großer Bedeutung werden, wenn ein Punkt, der bei beiden auf durchaus gleicher Stufe steht, sich bei jener direct aus den Quellen darthun läßt, während sie ihn bei dieser zweifelhaft lassen. So ist es namentlich in Beziehung auf die oben erörterte Frage, ob der Prätor hinter den sui den prox. agnatus rufe, von entscheidender Beweiskraft, daß er auch den Patron auf den suus folgen ließ. Denn daß in fr. 38. §. 1. und fr. 42. §. 2. de bon. lib. nur von einem filius emancipatus die Rede sei, wird Niemand behaupten wollen.

nicht einmal annehmen, daß die Prätorische Thätigkeit sich zuerst nur auf die Einen concentrirt habe, und dann erst auf die Anderen angewandt sei. Die Aufstellung einer successio, die Berufung der Cognaten, der liberi, sind allgemeine vom Prätor eingeführte Principien, die gleich von Anfang an allenthalben, wo sie überhaupt Platz greifen konnten, gegolten haben werden, die also am Natürlichsten von Zeit ihrer Entstehung an sowohl auf das Vermögen der Freigelassenen als der Nicht-Manumittirten zu beziehen sind.

Außerdem enthält freilich das Prätorische Erbsystem für den Tod eines Manumittirten noch ganz besondere Erbklassen (c. t. b. p. des Patrons, unde decem personae, etc.), aber diese tragen dann auch ihre völlig singuläre Beziehung auf das Patronatsverhältniß und ihre ganz besonderen Entstehungsgründe dermaßen an der Stirn, daß sie sich vollkommen aus dem vorliegenden Werke ausscheiden ließen, und nur gelegentlich zur Erwähnung kommen mußten, um die Unzulässigkeit von Schlußfolgerungen darzuthun, welche man bisweilen für die hier behandelten Lehren daraus gezogen hat. —

Ein zweiter Vorwurf, den man mir machen könnte, bezieht sich ebenfalls auf etwas, das ich mit Unrecht vernachlässigt zu haben scheine. Es ist nämlich eine lobenswerthe Sitte, der monographischen Darstellung irgend einer Lehre eine Literärgeschichte vorauszuschicken. Der Schriftsteller, welcher einen Gegenstand neu bearbeiten will, soll auf der Höhe der Literatur stehen, und er soll auch sogleich seine Leser auf denselben Standpunkt stellen, damit sie über das Verhältniß und die Leistungen des neuen Werks im Gegensatz zu den vorhergehenden sich ein Urtheil bilden können.

Indessen kann diese allgemeine Vorschrift doch auch wieder in Folge der eigenthümlichen Gestalt, welche in einer bestimmten Lehre die Literatur angenommen hat, in besonderer Weise befolgt werden müssen. Und wie es namentlich in Beziehung auf die b. p. zu halten sei, liegt schon in den wenigen literarischen Notizen, welche ich im Anfange dieser Einleitung gegeben habe. Die Schriftsteller der vorigen Jahrhunderte haben sich um eine Erforschung des Ursprungs und der geschichtlichen Fortbildung der b. p. wenig gekümmert, und

doch ist dies hier gerade so vorzüglich nöthig, wenn man zu dem Justinianischen Endresultat durchdringen will. Daher kommt es, daß sie nicht als ein großes, bestimmten Principien unterworfenes, und genau in einander greifendes Ganzes aufgefaßt wurde, sondern daß man sie als ein Compositum verschiedener, einzelner, unzusammenhängender Rechtssätze behandelte, deren dürftige Erörterung auch meist nur aus einem gewissen Instincte des Antiquirtseins gerechtfertigt wurde.

Daher kommt es, daß indem wir uns jetzt das entschwundene Leben des gesammten Instituts anschaulich machen, und so zu einer bewußten Aufstellung des davon noch vorhandenen Residuums vorschreiten wollen, uns dazu jene Schriftsteller nur soweit von Bedeutung sein können, als sie etwa einzelne gute Bemerkungen und Quelleninterpretationen enthalten. Dazu bedarf es aber nicht der Voraussendung ihrer Gesammtansichten über die b. p., oder vielmehr, da sich dergleichen gar nicht eigentlich findet, so brauchen wir nicht im Voraus alle die einzelnen Bemerkungen eines jeden Schriftstellers über die b. p. dogmengeschichtlich zu sammeln, aus denen dieser sich nicht einmal selbst ein anschauliches Bild des Ganzen construirt hat.

Erst seitdem man angefangen hat (und es ist kein langer Zeitraum) die b. p. als ein System aufzufassen und aus gewissen leitenden Principien zu erklären, — erst von dieser Zeit an ist es von Wichtigkeit, die verschiedenen aufgestellten Grundansichten gleich im Anfange vorauszuschicken, damit die Eigenthümlichkeiten und die Uebereinstimmungen des in diesem Werke verfolgten Weges mit den früher eingeschlagenen sogleich ins Auge leuchten. Alsdann läßt sich um so leichter im Verlauf der eigenen Darstellung am passenden Orte die Widerlegung der entgegengesetzten Ansichten einflechten.

Ich will hiermit keineswegs etwas Aehnliches behaupten, als was Fabricius 10) meint, der überhaupt auch die Kenntniß der unserem Jahrhundert vorausgehenden Schriftsteller für erläßlich zu halten scheint. Es handelt sich hier bloß darum,

10) Ursprung und Entwicklung der bon. poss. (1837) Vorrede S. XI. — Mit Recht ist er hierüber von Huschke (Richtersche Jahrbücher. 1839. S. 2.) getadelt worden.

ob es passend sei, eine umfassende dogmengeschichtliche Einleitung meiner Schrift vorauszuschicken. Das habe ich verneint. Aber daneben ist eine andere Bedeutung der früheren Literatur wohl im Auge zu behalten. Nachdem ich nämlich entwickelt haben werde, in welcher Gestalt Justinien die b. p. als practisches Recht recipirte, liegt die weitere Frage ob, wie unsere deutsche Reception sich zu diesem Justinianischen Rechte verhalte? Ob nicht etwa unsere Praxis eine bewußte und wohlbegründete Veränderung mit den Justinianischen Bestimmungen vorgenommen habe? — Offenbar ist dies das letzte Stadium, welches wir zu durchlaufen haben, um zu sicheren Endresultaten zu gelangen, indem nur diejenigen Justinianischen Bestimmungen, welche als solche recipirt wurden, dann aber auch bisher irrthümlich aufgefaßt sein konnten, — auf heutige Anwendung Anspruch haben. — Die Träger aber und die Erkenntnißquelle der Reception sind eben die Schriftsteller aller Jahrhunderte, in denen das Römische Recht bei uns bestanden hat. — Daher rechtfertigt es sich, daß ich die Ansichten dieser Schriftsteller über die practische Anwendbarkeit der in der Justinianischen Compilation enthaltenen Rechtes erst am Ende des ganzen Werkes zusammenstellen werde, während ich hier im Anfange nur eine Uebersicht der Ansichten vorauszuschicken habe, welche zur Erklärung der ursprünglichen Gestalt und des von den Römischen klassischen Juristen anerkannten Begriffes der b. p. aufgestellt worden sind. Manche davon werden an dem geeigneten Platze (und auch nicht einmal alle bereits in diesem Bande) eine besondere Gegendeduction hervorrufen; anderen glaubte ich bloß die Ausführung meiner eigenen Ansicht entgegenhalten zu brauchen, indem darin auch die Gründe enthalten sind, welche jenen zu widersprechen scheinen.

Wir eröffnen die Reihe[11]) mit Hugo. Derselbe geht in der fünften Auflage seiner Rechtsgeschichte (1815) §. 201. da-

11) Was in früherer Zeit z. B. von Koch als Einführungsgrund der b. p. angegeben ist, (s. unten S. 80.) oder was Heineccius darüber

von aus, daß bei der großen Beschränktheit des alten Civilerbrechtes ein mit den veränderten Verhältnissen fortgegangenes Eintreten in das Vermögen eines Verstorbenen nöthig geworden sei. Für diese Fälle nun, wo der civilrechtliche Erbe nicht vorhanden gewesen, habe der Prätor damit nicht die Creditoren durch die verhaßte missio in possessionem (§. 8. J. de b. p. „ne actiones creditorum differrentur . . . et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit,") oder jeder unbefugte Dritte durch Besitzergreifung zum Vermögen gelangten, — Andere vom Civilrecht nicht berücksichtigte Personen zur Erbschaft gerufen. Es sei dies geschehen, indem er den mit dem Erblasser näher verbundenen Personen mittelst des Int. quor. bon. die factische Besitzeseinweisung ertheilt habe. Um dieses und anderer Vortheile willen sei denn auch in anderen Fällen, wo von keinem Concurse die Rede war, eine solche Besitzesertheilung (bon. poss.) gebräuchlich geworden, und habe sich durch besondere Veranlassungsgründe zu einer von der hereditas ganz verschiedenen Lehre ausgedehnt. —

v. Löhr [12]) nimmt im Allgemeinen diese Hugo'sche Ansicht an, findet sie aber nicht für genügend, um sowohl die eigenthümliche Form der b. p., als den Umstand zu erklären, daß sie auch alle civilrechtlichen Klassen umfaßt habe. Während nach Hugo die b. p.: supplendi juris civilis gratia eingeführt wäre, stellt daher von Löhr zur Vervollständigung dieser Ansicht noch ein früheres, adjuvandi juris civ. gr. proponirtes Stadium des Institutes auf. Der Prätor habe anfangs gar nicht an ein neues Successionssystem, sondern an eine sehr natürliche Begünstigung des heres gedacht. Dieser

---

gefabelt hat, bedarf hier ebensowenig der Erwähnung, als was in der Glosse (zum Titel de bon. poss. im Anfange) einem solchen ähnlich sieht.

12) In seinem und Grolmanns Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Bd. III. (1820). S. 263 ff. — Archiv f. d. civ. Praxis. XII. (1829). S. 85 ff — Löhr's Magazin IV. Heft 4. (1844). S. 401 ff.

habe nach Civilrecht gar kein Rechtsmittel gehabt, um den schleunigen Besitz des Vermögens zu erlangen, und namentlich sei doch dies ihm so wichtig gewesen, seitdem jeder unbefugte Dritte durch einjährigen Besitz der Erbschaftssachen diese zu seinem Eigenthum machen konnte (pro herede usucapio). Dem habe nun der Prätor durch das oft gebrauchte Mittel der missio in possessionem abgeholfen, zu deren Schutze das Int. quor. bon. eingeführt worden sei. Hieran knüpfte es sich erst später an, daß er in Ermangelung eines heres, nun auch die dem Erblasser nahe verbundenen vom Civilrecht nicht berücksichtigten Personen (Cognaten, Ehegatten) in bona immittirte; ursprünglich nur causa cognita pro tribunali. Dann aber, nach Bildung eines festen Gewohnheitsrechts nahm er auch über diese non heredes feste Regeln ins Edict auf, und so mußte sich denn auch für diese aus der jedenfalls ihnen zugestandenen pro herede usucapio, nach und nach eine wahre per universitatem successio entwickeln. Zuletzt kamen dann noch corrigendi jur. civ. gratia einige Klassen (contra tab., unde liberi, und aus einigen vitiösen Testamenten) hinzu.

v. Savigny, welcher gegen den Gedanken aufgetreten ist, daß bei den Römern das Int. quor. bon. wie alle Interdicte, ein schleunigeres Verfahren gebildet habe, mußte auch die von Löhr schon benutzten Elemente ganz in anderer Weise zur Erklärung der b. p. zusammensetzen [13]. Auch er knüpft an das Int. quor. bon. und die pro herede usucapio an, aber unter der Grundvoraussetzung, daß der Prätor nicht zum Schutz der heredes, sondern um gewisser dem Erblasser nahe verbundener Personen willen, welche das Civilrecht nicht zur Erbschaft rief, seine Thätigkeit begonnen habe, (also supplendi und corrigendi jur. civ. gratia). Es sei ihm darauf angekommen, diesen Personen (z. B. den Emancipirten, den Cognaten) gleiche Vortheile mit den Erben zu verschaffen. Aber der Prätor habe nur schrittweise zu diesem Endziele vorschreiten können. Anfangs habe die practisch gleiche Behandlung

13) Zeitschr. f. gesch. R. W. V. (1825). S. 14 ff.

darin gelegen, daß er sowohl die Obligationen (Forderungen und Schulden) als das Eigenthum des Erblassers dem neu Gerufenen zu Theil werden ließ. Erstere mittelst der ficticiae actiones (Ulpian tit. XXVIII. §. 12. Gaius IV. 34.); letzteres dagegen ließ er ihnen mittelst des damals geltenden Rechtes der pro herede usucapio zukommen, und nur für den Fall, daß Andere schon den Besitz dieser Eigenthumsgegenstände ergriffen hatten, mußte noch ein eigenes Rechtsmittel, das Int. (adipiscendae possessionis) quorum bonorum aufgestellt werden, weil sonst jene begünstigten Personen, denen weder eine Vindication [14]) noch eine hered. pet. zustand, hier völlig klaglos gewesen wären. Indem also Anfangs der Prätor nur Mittel darbot, um den bonor. possessor zum Anfange der pro herede usucapio zu verhelfen, änderte sich dieses wesentlich, als später das Recht des natürlichen Eigenthums (in bonis) aufkam, welches man sehr natürlicher Weise auch dem bonorum possessor einräumte. Jetzt genoß derselbe auch schon vor der Usucapion die meisten practischen Vortheile des Eigenthums, und daher konnte man sich mehr und mehr daran gewöhnen, die b. p. als ein der hereditas gleichartiges Recht anzusehen, und auch die Erbschaftsklage analogisch, als possessoria hered. pet., dem bon. possessor (etwa seit Mark Aurel) zugestehen. Seitdem waren das Int. quor. bon. und die poss. her. pet. an sich völlig gleichbedeutend, und bestanden nur noch wegen der Verschiedenheiten des Interdicten- und Actionenprocesses neben einander fort. Im Justinianischen Recht ist aber auch dieser Unterschied verschwunden. —

Während die bisher dargestellten Ansichten, bei aller inneren Verschiedenheit, doch gewisse gemeinsame Elemente zur Er-

---

14) Ich habe mich lange gewundert, daß hiergegen ein sehr nahe liegender Grund noch nicht bemerkt worden sei, welcher der angegebenen Erklärung des Int. quor. bon. seine Stütze raubt. Gaius sagt es nämlich a. a. O. ausdrücklich, daß auch die Vindicationen dem b. possessor als ficitiae zustanden. Endlich habe ich dies zufällig noch auf dem Umschlage des Arch. f. die civ. Pr. XII. Heft 1. von Löhr angedeutet gefunden.

klärung der h. p. benutzen, geht Niebuhr von durchaus anderen Principien aus. (Röm. Gesch. II. zweite Ausgabe (1830.) S. 173 ff. III. S. 37.) Seine Ansicht ist eine unwahrscheinlichere Fortentwicklung der wahrscheinlicheren Entstehungsgeschichte der possessio aus dem Rechtsverhältnisse am ager publicus. Die hereditas habe objectiv nur das Eigenthum umfaßt, dagegen das Staatseigenthum und der Besitz daran habe nach dem Tode des Inhabers von der Obrigkeit erbeten werden müssen. Diese konnte es freilich dem civilrechtlichen Erben verleihen, war aber auch nicht streng daran gebunden. So bildete sich nach und nach ein Gewohnheitsrecht über die Forterbung des ager publicus, welches bei der großen Bedeutung desselben nur bei wenigen Verlassenschaften nicht zur Anwendung kommen konnte. Daß die h. p. im Rechte der Kaiserzeit eine ganz andere Gestalt und Wesen angenommen habe, sei eine dem Rechte der Römer und neuerer Völker gar nicht ungewöhnliche Veränderung.

Die Wahrscheinlichkeit dieser Hypothese, welche also auf eine Verschiedenheit der vererbten Gegenstände gebaut ist, wird ganz abgesehen von anderen dagegen vorgebrachten Gründen stets daran scheitern, daß alle Data, welche wir überhaupt von der h. p. besitzen, gerade darauf hinausgehen, daß die h. p. eben dieselben Gegenstände umfaßt, welche in der hereditas enthalten sind. Bonorum possessio und hereditatis possessio ist ein und dasselbe. —

Hugo hat in späterer Zeit seine obige Ansicht in soweit aufgegeben, als er freilich die b. p. noch immer ein „mit dem Verfahren bei Zahlungsunfähigkeit in Verbindung stehendes“ Institut nennt [R. G. 11te Aufl. (1832) S. 551. S. 24], aber darin doch nicht mehr den eigentlichen oder alleinigen Entstehungsgrund des Ganzen findet, indem er S. 238 Z. 9 u. ff. sagt: „Bei Peregrinen mußte aber doch wohl, wenn sie überhaupt Vermögen hatten, mit von einer Succession in dasselbe die Rede sein, und vielleicht war dies auch ein Keim zu der freilich erst späterhin in das Prätorische Recht aufgenommenen, von der hereditas verschiedenen bonorum possessio.“ Hugo kehrt hiermit zu einer schon älteren Ansicht [15]

15) Bereits von Löhr (Magazin III. 250) sagt darüber: daß einzelne

zurück, sie hängt aber bei ihm noch im Besonderen mit der Erklärung der Edictsworte über die sec. tab. b. p. zusammen, worin ausdrücklich auf die leges der verschiedenen civitates Rücksicht genommen sein soll. (S. 589 Anmerkung 2.). Wenn wir dies später widerlegen zu können glauben, (s. unten §. 27. Note 1 u. 5.), so ist hier nur zu bemerken, wie es freilich nicht zweifelhaft sein kann, daß die Römer auch eine Succession in das Vermögen eines Peregrinen anerkannt haben werden, wobei meist der Proconsul nach den in der Provinz gewohnheitsrechtlich oder gesetzlich anerkannten Erbklassen die Erbschaft regulirt haben mag [16]). Ebenso ist es auch durchaus natürlich, daß sie diese Erbschaftsregulirung in die juristische Form der bon. oder hereditatis possessio kleideten [17]), weil sie nach ihrer freieren Natur und der durch sie dem Statthalter reservirten Oberaufsicht über die Erbschaftsangelegenheiten mit wenigen die Erbklassen betreffenden Veränderungen vollkommen für die Provinzen paßte. Allein ein Anderes ist es, ob nun auch dieser Begriff von den Peregrinen ausgegangen sei? Es kommt hier auf die strenge Durchforschung der ganzen b. p. an, ob sich darin irgend Spuren fremden Rechtes finden, oder ob sich nicht vielmehr Alles als eine eng ans eigentliche Civilrecht angeknüpfte Rechtsfortbildung darstelle. Nach meiner ganzen folgenden Darstellung muß, glaube ich, das Letztere angenommen werden. Nicht einmal bei Hinzuziehung der den Römern von jeher bekannten Cognatenfamilie dürfen wir einen Impuls von Außen annehmen [18]). —

Grundsätze der b. p. mit Rücksicht auf das bei anderen Völkern Gewöhnliche entstanden wären, sei sehr wahrscheinlich, daß aber das ganze Institut sich auf das jus gentium gründe, scheine ihm in das Reich der Unmöglichkeiten verwiesen werden zu müssen.

16) Cicero (ad Att. VI. 1. §. 12.) sagt, er habe bei der Abfassung seines edictum provinciale vielfach des Scaevola Asiatisches Edict befolgt und namentlich darin, ut Graeci inter se disceptent suis legibus.

17) Cicero erwähnt a. a. O. gerade diese ausdrücklich.

18) So beschreibt auch Cicero die b. p. als ein vorzüglich für Rom berechnetes Institut, das von da erst auf die Provinzen übertragen wurde; und er widerspricht ganz ausdrücklich, daß ihr besondere pro-

Es folgt eine Ansicht, welche, nachdem sie schon früher von anderen Schriftstellern angedeutet worden war, dann aber von Fabricius (1837) in der oben citirten Schrift ausgeführt ist, sich eines ganz besonderen Beifalls zu erfreuen gehabt hat. Da sie bereits in diesem Bande §. 24. ausführlich besprochen werden wird, so bedarf es hier nur der kurzen Bemerkung, daß danach anfangs die h. p. einen rein processualischen Charakter gehabt haben soll. Es war Sitte bei Eigenthumsprocessen, daß man noch ein Vorverfahren vornahm (vindiciae), wodurch die eine Partei als Besitzer für den Lauf des Rechtsstreites eigends constituirt wurde, indem sie versprach im Fall des Unterliegens den Streitgegenstand nebst den einstweilen gezogenen Früchten herauszugeben. Entschieden kam dies bei Singular-Vindicationen wie bei der her. pet. vor. Nur mit dem Unterschiede, meint Fabricius, daß bei jenen man den zum possessor im Proceß constituirt habe, welcher bisher schon ohne vitium besessen hatte, — während bei der her. pet. ein solcher Grundsatz höchst unthunlich und es weit vernünftiger gewesen sei, den zum possessor zu constituiren, welcher nach der ersten oberflächlichen Beurtheilung das beste Recht für sich zu haben schien. Also wer ein äußerlich fehlerfreies Testament vorweisen konnte, oder in dessen Ermangelung der nach Intestaterbrecht zur Succession Berechtigte.

In dieser ältesten Gestalt, wie sie sich aus einer Stelle des Cicero beweisen soll, war also die h. p. rein adjuvandi jur. civ. gratia. Aber ebenfalls schon zu Ciceros Zeit soll sie einen weiteren Schritt gethan haben [19]), indem der

vincielle Interessen zum Grunde lägen. S. die unten S. 123 und 124 abgedruckte Stelle am Ende.

19) Wie dieses Nebeneinanderbestehen der ältesten Gestalt und der weiteren Ausbildung aufzufassen sei, ist freilich schon von vorn herein schwer zu verstehen. Fabricius geht ohne alle weitere Erklärung darüber hinweg. Denn daß Fälle vorkommen konnten, wo (in Folge der formula petitoria) ein Erbschaftsproceß ohne die Vindicien durchgeführt wurde (S. 58 u. 59), ist doch wahrlich noch kein Grund, daß nun auch die Vindicien (oder eben die h. p.) ohne Erbschaftsproceß hätten ertheilt werden können. Sehr sonderbar nehmen sich folgende beide Sätze nebeneinander gedruckt aus:

Prätor in den Fällen, wo kein Civilerbe vorhanden war, auch den Cognaten und Ehegatten den Besitz der Erbschaft versprochen habe (supplendi jur. civ. gr.). Natürlich konnte dies nicht mehr den Charakter einer Vindicienertheilung haben, und das soll nun auch auf die Civilerben zurückgewirkt haben, indem diese jetzt ebenfalls, ohne auf die Anstellung eines Processes zu warten, die b. p. in gewissen im successorium edictum enthaltenen Fristen agnosciren konnten. Endlich aber soll dies Institut von Augustus noch corrigendi jur. civ. gratia zur Herzurufung der emancipati benutzt worden sein, und Danz (R. G. II. S. 49) findet es keinen Widerspruch mit dem ursprünglich processualischen Charakter, wenn er auch dies bereits in Cicero's Zeit zurückversetzt. —

Zwei mehr den Worten, als der Sache nach neue Ansichten, beide im Jahre 1838 aufgestellt, sind hier nur kurz zu erwähnen. Christiansen (Wissenschaft der Röm. R. G. I. S. 418.) stützt sich auf die engen Gränzen des alten Civilrechts, welches weder eine graduum successio, noch manche Personen (emancipati, in adoptionem dati, Agnatinnen über den zweiten Grad hinaus, und Cognaten) überhaupt zur Erb-

---

S 32. „Bisher, so lange es schon Prätorisches Recht gegeben habe, — lehrt Cicero — sei es Gebrauch gewesen zu edicieren, daß zuvörderst demjenigen, welcher in einem der äußeren Form nach gültigen Testamente sich instituirt finde, die Vindicien ertheilt werden sollten" rc. — und:

S. 59. „aber ebenso mußte es jetzt (d. h. zu Ciceros Zeit) auch den Civilerben, ebenso wie den Cognaten und dem überlebenden Ehegatten gestattet werden, in allen den Fällen, wo Niemand ihnen die hereditas streitig machte, also gar keine her. pet bevorstand, die b. p. vom Prätor zu erbitten, die alsdann also weder litis ordinandae gratia ertheilt ward, noch den Bittenden zur Sicherheitsleistung verpflichtete."

Fabricius scheint sich das Verhältniß so zu denken: da, wo noch einmal ein Erbschaftsproceß kommen wird, (das weiß man ja aber nicht vorher!), wartete man mit Ertheilung der b. p. bis zur Anstellung der her. pet. (und das war zu Cicero's Zeit das „Hauptsächliche." S. 30.), dagegen wo nie ein Erbschaftsproceß sich ereignen wird, da ertheilte man die b. p. gleich von Anfang an. — Ich gestehe, daß ich mir dies nicht klar denken kann.

schaft zuließ. Die Volksgesetzgebung machte keine Anstalt zur Erweiterung des Rechtes, weil »überhaupt der Puls des Erbrechtes in der Geschichte aller Völker am langsamsten geht.« Außerdem seien diese Härten wenig zu Tage gekommen, da von Alters her fast nie ein Römer starb, ohne ein Testament gemacht zu haben, und darin »die Differenzen ausglich, in welchen die Billigkeit vergebens ihr Recht suchte.«

Was das Volk über die vom Civilrecht ausgeschlossenen Personen dachte, erkannte der Prätor aus den Testamenten, und so gewährte er ihnen ein, freilich dem civilrechtlichen nachstehendes, Erbrecht, indem er ihnen den Besitz der Verlassenschaft übertrug, und durch das allgemeine Interdict: „ne vis fiat ei" gegen den praedo schützte. Dasselbe, oder ein ähnliches Interdict pflegte sich auch der civile Erbe zu erwerben, und so wurde der Prätor veranlaßt, unter bestimmten Terminen eine Reihefolge aller Civilerben und der nicht Erben, die er für besser als praedones hielt, aufzustellen, nach welcher er das Int. „quor. bon." ertheilen würde, d. h. welche Personen welchen Personen in der Besitznahme weichen müßten [20]).

v. Tigerström (Innere Rechtsgeschichte S. 662) sagt noch weniger Neues. Der Prätor habe allenthalben das auf ursprüngliche Gewohnheit basirte Civilrecht nach der Billigkeit gemildert. Aber das Eigenthümliche dabei sei, daß er bei seiner so durchgreifenden Aenderung nicht das Recht der Civilerben beschränkt, demnach das Civilrecht nicht aufhebt, vielmehr es nur der Willkühr des Einzelnen überläßt, von einem billigeren Rechte Gebrauch zu machen, weßhalb nur bei fehlenden Civilerben jene vom Prätor aufgestellten Grundsätze jedenfalls entscheidend sein können. Schon im Ausdrucke bon. poss. liege im Gegensatz zur hereditas der Begriff des milderen Rechtes. —

Einen bei weitem tieferen Blick in das Wesen der bon. possessio thut Huschke, welcher in der Recension der Fabricius'schen Schrift (Richtersche Jahrb. 1839. H. 1. S. 11.)

---

20) Es ist dies offenbar eine Combination der Ansichten von Löhr und Savigny.

auch in der Kürze seine eigene Ansicht entwickelt. Er knüpft wieder an die pro herede usucapio an, und erklärt sie aus dem früher schon in anderer Weise von ihm benutzten, dem Römischen Recht eigenthümlichen Gegensatze des Innerlichen oder Rechtlichen und des Aeußerlichen oder Faktischen.

Jenes war die hereditas, dieses, den Besitz und Genuß des Vermögens gewährend, die pro herede usucapio. Ebenso aber wie der Eigenthümer meist auch Besitzer ist, so war auch im Erbrecht gewiß in der Regel das Innerliche mit dem Aeußerlichen verbunden, d. h. der heres ergriff den Besitz des Nachlasses. Aber wo dieser nicht wollte oder konnte, nahm ein Nicht-heres, eine dem Verstorbenen nahe stehende Person, das Vermögen als pro herede Usucapient in Besitz, seines eigenen Gewissens wegen, um die auf der familia defuncti haftenden sacra oder dessen ökonomische Ehre den Gläubigern gegenüber zu vertreten [21]. Später aber, als Gewinnsucht sich über Religion und Ehrenhaftigkeit zu erheben anfing (etwa seit der lex Licinia de modo agri 388.) sei diese pro herede usucapio eine völlig improba geworden, die man nur zum Vorwande nahm, sich zu bereichern, und aus der eine völlige Zersplitterung der bona hervorgegangen sei. Dem Prätor habe habe es obgelegen, dieselbe auf bessere Principien zurückzuführen; namentlich die einheitliche Natur der bona festzuhalten, diese bona nur dem Würdigsten zukommen zu lassen, und im Fall dieser verhindert würde, dem nächst würdigen Competenten die pro herede usucapio zuzutheilen (successorium edictum). Dies sei gerade die ursprüngliche Gestalt der b. p., indem der Prätor nach diesen Grundsätzen die Besitzergreifung der Güter, statt daß sie bisher Jeder selbst vornehmen mußte, um pro herede zu usucapiren, jetzt durch seine Hülfe (Int. quor. bon.) unterstützte, und so nur den von ihm auserwählten Personen die pro her. us. zu Theil werden ließ. —

---

21) Den Grund, aus dem Gaius die Einführung der pro herede usucapio motivirt (s. unten S. 20), will Huschke nicht eigentlich gelten lassen. Aber ich kann nicht einsehen, wie sich der nun von Huschke angegebene (S. 12 Note *) davon unterscheiden soll.

Wieder in anderer Weise, aber mit weit mehr Willkührlichkeiten, leitet ganz neuerdings Bachoven (über die lex Voconia. 1843. S. 66 ff.) die b. p. aus der pro herede usucapio ab. Es gehe letztere als hereditatis possessio durchaus parallel mit der gewöhnlichen possessio einer bestimmten Sache. Wenn auch jedem Besitzer einer Erbschaftssache die usucapio zustand, so war sie doch zunächst nur auf den berechnet, der nach Civilrecht einen unbestreitbaren Anspruch auf die Succession hatte, diesen aber durch rechtsgültige Antretung aus irgend einem Grunde zu erwerben verhindert war; z. B. Infantes [22]. Für solche Fälle habe der Prätor keinen Anstand nehmen können, dem, welcher ihm seine Ansprüche auf die civile Erbfolge darthat, zum Besitz der Erbschaftsstücke zu verhelfen, und zwar mußte anfangs diese Hülfe wohl für jeden einzelnen Gegenstand nachgesucht werden [23]. Dann habe

---

22) Diesen Punkt giebt auch schon Huschke an, aber weit richtiger, indem er den wahren von Gaius angeführten Entstehungsgrund der pro her. us. darüber nicht vergißt.

23) Ich muß wenigstens hier, da ich in meiner eigenen Ausführung auf diese Bachovensche Ansicht nicht mehr habe Rücksicht nehmen können, kurz bemerken, wie mir dieser singuläre Anfangspunkt der b. p. höchst unwahrscheinlich (denn von Quellenbelegen ist hier nicht die Rede) vorkommt. In dieser älteren Zeit wird an infantes meist die Erbschaft nur deferirt sein, wenn sie sui waren, dann aber konnte der Tutor gleich die her. pet. anstellen. Und sollte das nicht einfacher gewesen sein, als um jede einzelne Sache die Prätorische Hülfe anrufen? — Der Fälle waren überhaupt in älterer Zeit so wenige, wo Jemandem Erbrecht deferirt wird, und er es nicht acquiriren kann, daß unmöglich daraus die Entstehung der pro her. us. (hier steht ja überdem Gaius entgegen) und der bon. poss. abgeleitet werden kann, wenn sich auch für solche Fälle in diesen Instituten eine Aushülfe findet. Wer wird meinen, daß die ganze sec. tab. b. p. aus der Absicht hervorgegangen sei, dem bedingt Eingesetzten zur Erbschaft zu verhelfen?

Viel wahrscheinlicher wird die Bachovensche Ansicht, wenn man diesen singulären Anfangspunkt ganz wegläßt, und nur meint, der Prätor habe den heredes ein Recht auf den Besitz gewähren wollen. Dann aber fällt sie wieder mit der Löhr'schen Ansicht zusammen, denn auch dieser muß, wenn er es gleich nicht ausspricht, nothwendig bereits von Anfang an ein successor. edictum für die civilrechtli-

der Prätor allgemeine Regeln über die Besitzertheilung aufgestellt, so daß also die b. p. Nichts als das durch den Prätor (mittelst des Int. quor. bon.) geschützte Recht auf Besitz sei; nur der Erwerb, nicht aber die Natur dieses Besitzes sei dadurch verändert. Natürlich habe dies Recht auf Besitz nur erlangen können, wer dem Prätor sein freilich nicht nächstes Civilerbrecht, wenn auch bloß durch raschere Bescheinigungen darzuthun vermogte, und darauf beruhe das successorium edictum, indem der Prätor die civilrechtlichen Klassen hintereinander herrufe, der Frühere durch den Späteren seines Rechtes nicht beraubt werden könne (b. p. eine re), wohl aber dieser Spätere noch immer dem praedo in der Berechtigung zur pro herede usucapio vorgehen solle.

Nur soweit reiche die reine Thätigkeit des Prätors. „Ein besonderes, eigenes, freies Erbrecht (wie an die Cognaten, Emancipirten), aufzustellen, habe einem einzelnen Magistrat nie zustehen können, es dürfe dies nur aus der Praxis des Centumviralgerichtes, welches über Erbschaftsstreitigkeiten zu entscheiden hatte, abgeleitet werden, zu der der Prätor allenfalls die äußere Veranlassung geben konnte. Alle und jede rein Prätorische b. p. aber sei nur zur Erleichterung des Besitzerwerbes für den heres aufgestellt. —

Ich glaube, daß namentlich diese letztere auf höchst kühne Combinationen gebaute Ansicht ebensowenig Beifall finden wird, als die von Fabricius aufgestellte, daß die c. t. und unde liberi nur von August eingeführt sein könne. Sie wird sich, wie ich hoffe, einfach durch die spätere Darstellung meiner eigenen Ansicht über die Entstehung jener Prätorischen Erbklassen widerlegen lassen. Nur ein Punkt ist hier hervorzuheben, der in dieser Bachovenschen Ansicht verborgen liegt, und mir vollkommen richtig zu sein scheint. Er ist um so mehr hervorzuheben, als er bisher so vielfach übersehen ist. Bachoven nimmt offenbar an, daß, wenn man die ursprüngliche Gestalt der b. p. rein an das Interd. quor. bon. anknüpft, also sie

chen ordines annehmen, sobald überhaupt das behauptete beneficium realisirbar sein sollte.

sich (sei es in welcher eigenthümlichen Gestalt es wolle) als eine Besitzeseinweisung denkt, — daraus sich ohne ganz besondere äußere Einwirkungen nie der Begriff eines wahren Erbrechtes, einer Universalsuccession, was doch die b. p. unseren Quellen nach entschieden bereits unter der Hand des Prätors geworden ist, entwickeln lasse. Eine Besitzeseinweisung auf die überhaupt des Besitzes fähigen Gegenstände, ist gerade das, wofür man nach Labeos ausdrücklicher Warnung (fr. 3. §. 1. de bon. poss.) die bonorum possessio nicht halten soll (non uti rerum possessio accipienda est; denique et si nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait). Unmöglich kann sich doch so ohne Weiteres der Begriff in den entgegengesetzten umgeschlagen haben. Deßhalb, schließt nun Bachoven, könnte der Begriff eines wahren Erbrechts gar nicht direct vom Prätor ausgegangen sein. Umgekehrt: da der sicherlich vom Prätor eingeführte Begriff der Universalsuccession das ist, was wir in unseren Quellen finden, und da wir nach dem Ursprunge desselben suchen, so dürfen wir diesen eben nicht aus Etwas ableiten wollen, was durch eine weite Kluft von dem Begriffe der b. p. getrennt ist, über die wir durch allmähliches Anwachsen und Anspülen nie sich einen Uebergang werden bilden sehen. Mit anderen Worten, wir müssen die Entstehung der b. p. auf einem ganz anderen Punkte suchen, als beim Interd. quor. bon., und der dadurch beförderten Ergreifung der körperlichen, des Besitzes fähigen Erbschaftsgegenstände. Wir dürfen ferner nicht den Umfang der in der b. p. enthaltenen Rechte aus dem Falle, wo sie einem heres verliehen wird, ableiten, denn sonst freilich würden wir immer wieder lediglich aufs Int. quor. bon. zurückgetrieben werden, wie dies sowohl die Quellenaussprüche (Gai. III. 34) als die Natur der Sache mit sich bringen. Denn einem heres braucht das Erbrecht, die Universalsuccession, nicht erst vom Prätor ertheilt zu werden. Wäre also die b. p. anfangs nur dem heres verliehen, so könnte sie allerdings nicht den Begriff der Universalsuccession enthalten. Aber sie ist auch von jeher noch Anderen als dem heres zugekommen, und offenbar nur in diesen Fällen können wir ihren vollen selbständigen Begriff

erkennen, von dem bei einer Verleihung an den heres nur noch das erkennbar ist, was über den Umfang des Civilerbrechtes hinausliegt. —.

Wie sich aus diesen Elementen meine Ansicht über Entstehung der b. p. entwickle, das wird nun gleich aus dem zunächst folgenden Kapitel zu ersehen sein.

Erstes Buch.

Ursprung und Begriff

der

bonorum possessio.

Erstes Kapitel.

Entstehung der bonorum possessio.

I. Die Anknüpfungspunkte des älteren Civilrechts.

§. 1. In dem Rechte der 12 Tafeln finden sich nur zwei Successionsarten, die testamentarische und die Intestatsuccession. Sie standen zu einander in dem Verhältniß, daß die vom Gesetz angeordnete Erbfolge (legitima hereditas) durchaus als jus non publicum galt, also durch eine testamentarische Disposition ohne alle Beschränkung abgeändert werden durfte [1]), sobald nur daraus nicht ein Zusammentreffen beider Successionsarten in einem und demselben Falle hervorging [2]). Von einem Rechte der nächsten Intestaterben, gegen ein sie nicht berücksichtigendes Testament aufzutreten, ist in dieser ältesten Zeit noch keine Spur zu finden, wohl aber bestand für die sui heredes umgekehrt ein Zwang, daß sie von der ihnen ohne Antretungshandlung zugefallenen Erbschaft sich auf keine Weise wieder befreien konnten, mogte die Delation aus einem Testamente oder ab intestato geschehen sein.

Diese beiden Punkte, daß dem suus heres ipso jure die Erbschaft anfällt, und er gezwungen ist sie zu behalten, hän-

---

1) „uti pater legassit — ita jus esto." —

2) „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest."

gen, wenn sie auch durchaus nicht in Eins zusammentreffen [3]), doch genau mit einander zusammen, und lassen sich aus einem und demselben Principe erklären. Es ist das Charakteristische des älteren Rechtes, daß die Familienverhältnisse wie Eigenthumsrechte aufgefaßt werden. Man nahm potestas und dominium für gleichbedeutend, im Sinne von der höchsten, der vollkommenen privatrechtlichen Macht, welche man über irgend etwas erlangen kann [4]). Es ist von großer Bedeutung diesen Begriff genau von dem einer Sache zu trennen. Es giebt Sachen, die gar nicht im dominium einer Person stehen können, während freilich bei den meisten uns umgebenden Gegenständen die Begriffe von Sache und vom Stehen im Eigenthum zusammenfallen. Umgekehrt unterscheiden die Römer auch unter den Menschen diejenigen, welche absolut Sachen sind (servi), von denen, die als Subjecte von Rechtsverhältnissen erscheinen; Beide, servitus und libertas, sind ganz unabhängig vom Begriffe einer potestas, in der etwa der servus oder der Freie steht; sobald aber eine solche vorhanden ist, so bleibt es ein und derselbe Begriff, mag ein Sklav oder ein an sich freier Mensch ihr unterworfen sein. Das zeigt sich im jus vitae et necis, im Vindicationsrechte, im Verkaufsrechte, in der Usucapion der Ehefrau, und in der Vermögenslosigkeit aller einer potestas unterworfenen Personen. Sobald für servi und filiifamilias verschiedene Rechtssätze bestehen, so liegt dies über den Begriff der potestas hinaus, und alsdann muß offenbar der Unterschied, daß der Eine in abstracto Sache, der Andere an sich ein freier Mensch ist, wesentliche Rechtsverschiedenheiten erzeugen [5]).

---

3) So werden ja auch die Legate ipso jure erworben, ohne daß ein Zwang sie zu behalten vorhanden wäre.

4) fr. 195. §. 2. de verb. sign. — Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet. — Dieses dominium oder potestas ist eben der Inbegriff aller Rechte des paterfam.; es ist das Schalten und Walten desselben in domo.

5) So erklärt sich die Art, wie filiifamilias und servi sich selbst obligiren können, ferner das den Ersteren nicht beschränkte connubium etc.

Dagegen ist die Art, wie ein der Gewalt Unterworfener in das Vermögen seines Herrn succedirt, völlig aus der potestas, die bei des Letzteren Lebzeiten bestanden hatte, zu erklären, sie muß sich also beim filiusfamilias und beim servus ganz in gleicher Weise gestalten. Beide, der Sklav wie der Haussohn, gehören zur familia, d. h. zum gesammten Vermögenscomplexe des Herrn. Ebenso wie er am Sklaven Eigenthum hat, ist auch der Sohn suus, d. h. sein eigenes Kind[6]), dieser ist Theil seines Vermögens, wie er ja denn auch nach dem Principe der Accession das Vermögen des Vaters vergrößert. Von dem Ganzen dieses Vermögens kann sich der Sklav und der Sohn nie aus eigenem Willen trennen[7]), weder bei Lebzeiten des Gewalthabers noch nach dessen Tode. Wohl aber muß dieser Tod des Herrn eine wesentlich verschiedene Wirkung für den Sohn und den Sklaven haben, weil jener an und für sich frei, dieser in abstracto Sache ist. Der Sohn wird durch den Tod des Gewalthabers vollkommen vermögensfähig, da er aber durch seines Vaters Hinwegfallen nicht die Befugniß erhalten haben kann, sich von dessen Vermögen zu trennen, weil er von jeher als Theil desselben gegolten hat, so folgt es von selbst, daß, indem er Vermögensfähigkeit erhält, er die ganze familia, innerhalb deren er bisher dem Vater untergeordnet war, jetzt sich selbst unterordnet. Der Sklav dagegen bleibt nach wie vor passiver Theil der familia, und nur, wenn er durch den ausdrücklichen Willen des Herrn den Charakter einer Sache verliert, und ihm das Vermögen übertragen wird, so muß nothwendig dasselbe Verhältniß eintreten, wie beim suus, der von selbst durch den Tod seines Vaters vermögensfähig wird und dem schon durch das Gesetz die Erbschaft deferirt ist.

Also der testamentarisch freigelassene und zum Erben ernannte Sklav steht auf derselben Stufe wie der suus, mag dieser nun noch ausdrücklich zum Erben ernannt sein, oder

---

6) S. Hugo's R. G. S. 260. Z. 10. ff.

7) fr. 31. de adopt. Die Trennung geschieht vielmehr nur durch ein auf dem Verkaufsrechte des Herrn ruhendes Geschäft, Freilassung und Emancipation.

nicht. Bei beiden wirkt die bisherige potestas darin fort, daß sie nicht das Recht haben, aus eigenem Willen sich von der familia, in der sie stehen, zu trennen; deßhalb brauchen sie keine besondere Erwerbshandlung vorzunehmen, und deßhalb sind sie, wie die Römer sagen, necessarii heredes.

Ich weiß wohl, daß schon die späteren Römischen Juristen es auf ganz andere Weise erklären, weßhalb dem suus die Erbschaft ipso jure anfalle. Es sei eigentlich gar kein Erbfall, da der Sohn auch schon bei Lebzeiten des Vaters als condominus anzusehen wäre; es könne also auch von einer Erbschaftsantretung nicht die Rede sein [8]).

Allein ich zweifle sehr, ob diese Anschauungsweise, die auch von unseren neueren Schriftstellern vielfach adoptirt ist, wirklich der Grund gewesen sei, aus dem jener Rechtssatz hervorging, ob überhaupt derselbe irgend in das ältere Römische Rechtssystem passe. Es war vielmehr umgekehrt das Grundprincip, daß dem Sohne bei Lebzeiten des Vaters gar kein Vermögensrecht, vielweniger ein Miteigenthum an dessen Gütern zustehe. Es wäre unerklärlich, daß, wenn man in Wahrheit dies Miteigenthum anerkannt hätte, daraus nicht noch weitere Rechtssätze sich gebildet haben sollten, wie wir dies allerdings im Deutschen Rechte finden, während davon im Römischen keine weitere Spur zu finden ist. Es würde endlich, und das ist die Hauptsache, das gezwungene Erbesein, welches doch mit dem ipso jure=Anfall genau verbunden ist, ganz als eine unerklärliche Singularität dastehen, während dasselbe aus der obigen Erklärungsart ganz von selbst sich ergiebt.

8) fr. 11. de lib. et post. — In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimabantur etc. — Außerdem sind mir noch folgende Stellen aufgestoßen, aus denen dieser Grundsatz hervorgeht, und woraus wir allerdings auf dessen allgemeine spätere, man möchte sagen: Volksansicht schließen können. Cic. in Verr. II. 1. 43. „Quibuscum vivi bona nostra partimur.“ Lex Dei XVI. 3. 6. — fr. 1. §. 12. de success. ed. — Gai. II. 157. §. 3. I. de her. qual. (II. 19.) §. 3. I. de her. quae ab intest.

Und so ist es denn auch sehr leicht zu rechtfertigen, wie man in der spätern Zeit des Römischen Rechts nicht mehr den wahren Grund des Rechtssatzes anerkennen wollte, und lieber einen anderen aufsuchte, den man allerdings in diesem einzelnen Falle allgemein annahm, ohne aber daraus noch weitere juristische Consequenzen, die sich allerdings daraus hätten ziehen lassen [9]), ableiten zu wollen. Die ganze Bedeutung der patria potestas war nämlich mit der Zeit eine andere geworden, und so wurden denn auch die daraus abgeleiteten Rechte über Tod und Leben, über Verkauf, Vindication, Vermögenslosigkeit der Hauskinder nach und nach ganz oder wenigstens theilweise aufgehoben. Aus derselben Tendenz ging das beneficium abstinendi hervor, wodurch der ältere Satz des gezwungenen Erbeseins fast vernichtet und sein genauer Zusammenhang mit dem ipso jure-Anfall in den Hintergrund gestellt wurde. Man brauchte daher auch kein Bedenken zu tragen, diesen letzten auf eine den späteren Rechtsansichten gemäßere Weise zu erklären, wobei man freilich darauf verzichten mußte, den dem suus in der Erbschaftserwerbung gleichstehenden servus (cum libertate institutus) aus einem gleichen Gesichtspunkte zu betrachten.

§. 2. Abgesehen von den sui heredes bestand für Alle, denen sonst noch die Erbschaft deferirt werden konnte, weder ein Zwang zur Erbschaftsantretung, noch fiel ihnen überhaupt die Erbschaft anders als durch eine positive Acquisitionshandlung zu. Wenn ihnen also hierbei vollkommene Willensfreiheit gelassen wurde, so war von der andern Seite diese einer zu großen Schrankenlosigkeit überlassen, als daß nicht mancherlei Uebelstände dadurch hätten entstehen müssen. Indem man nämlich dem berufenen Erben (sei es ex testamento, sei es ab intestato) völlige Freiheit bei der Erbschaftsantretung gewähren wollte, nahm man, was an sich davon noch wesentlich verschieden ist, zugleich an, daß er nicht einmal gezwungen werden könne, sich auch nur darüber zu erklären, ob er antreten

---

9) Vielleicht etwa hat das Notherbenrecht der sui heredes dieser Anschauungsweise der späteren Zeit seine Entstehung zu verdanken.

wolle oder nicht. Ein solcher Zwang zur Erklärung wird, wo man ihn überhaupt einführt, stets an gewisse Fristen gebunden werden, in welchen dem berufenen Erben sich zu bedenken freisteht, und nach deren unbenütztem Ablauf er seines Rechts verlustig geht.

Aber die 12 Tafeln kannten diesen Unterschied noch nicht. Wer nicht als suus zur Antretung gezwungen ist, der ist nicht allein berechtigt, sich nach vollkommen freiem Willen über die Acquisition der ihm deferirten hereditas zu entscheiden, er ist auch befugt, diese Entscheidung so lange er will aufzuschieben, ohne daß dadurch einer folgenden Klasse die Erbschaft deferirt worden wäre. Es gab mit anderen Worten im ältesten Rechte keine Deliberationsfristen. So konnte er also noch nach langen Jahren die Antretungshandlung vornehmen, und die Erbschaft von anderen Besitzern einfordern, wofern nicht eine rechtsgültige Usucapion die Klage ausschloß.

Die 12 Tafeln waren auf biedere Leute und für einen kleinen Staat berechnet, und so kann es uns nicht wundern, daß sie auf einen so wichtigen Punkt, wie in einem jeden ausgebildeten positiven Rechte die Deliberationsfristen sein müssen, keine Rücksicht nahmen. Aber mit der Zeit mußten sich nothwendig folgende Uebelstände herausstellen:

1. Als der ganze Staat nur noch aus der Stadt Rom und einem geringen sie umgebenden Landgebiete bestand, war es bei einem jeden einzelnen Beerbungsfalle leicht zu wissen, ob ein in einer späteren Klasse zur Erbschaft Gerufener durch eine frühere ausgeschlossen werde oder nicht. Also die Gentilen konnten es leicht erfahren, ob ein scriptus heres, ein suus oder ein Agnat ihnen voranstände, und wenn dies der Fall war, so war ihnen aller Anspruch auf die hereditas versagt, mogte der vor ihnen Berufene noch so lange mit der Antretung zögern, ja auch wenn dieser wieder durch Tod oder Repudiation hinweggefallen war, konnte, wie an seinem Orte gezeigt werden wird, ein Uebergang der Delation auf die folgende Klasse nicht statt finden.

Mit der Ausbreitung des Römischen Staats, und bei den vielfachen Kriegen müssen aber immer häufiger Fälle vorgekommen sein, daß ein in einer früheren Klasse Gerufener als nicht

vorhanden angenommen ward, und eine spätere Klasse sich die Erbschaft aneignete, bis dann doch über lang oder kurz der besser Berechtigte auftrat und die Herausgabe der Erbschaft verlangte. Da es keine Deliberationsfristen gab, so konnte derselbe nie durch Zeitablauf von der Geltendmachung seines Rechts ausgeschlossen werden, und auch die Herausgabe der einzelnen Erbschaftssachen kann ihm selten verweigert worden sein [1]). Denn die Besitznahme derselben durch die in einer späteren Klasse Berufenen galt gewiß in dieser ältesten Zeit nach den 12 Tafeln meistens als eine unrechtmäßige, da ihnen ein Recht auf die Erbschaft nur gegeben war im Falle des Nichtvorhandenseins der früheren Klasse, sie daher ein Recht auf **usucapio** (**pro suo**) [2]) nur hatten, wenn sie aus einem vollkommen entschuldbaren, von ihnen zu beweisenden Grunde sich für die Erben gehalten hatten. War also diese **usucapio** nicht vorhanden, so konnte die besessene Sache stets von ihnen vindicirt werden, und hatten sie dieselbe mit erweislicher **mala fides** in Besitz genommen, so war dann auch jede weitere Usucapion eines dritten **bonae fidei possessor** als bei einer **res furtiva** ausgeschlossen [3]), ein Satz, der anfänglich vielleicht auch auf **fundi** ausgedehnt wurde, da Gaius sagt, es sei erst in späterer Zeit herrschende Ansicht geworden, daß an Grundstücken kein **furtum** möglich sei [4]).

Wir sehen also, wie wegen des Mangels an Deliberationsfristen, sobald der früher Berufene die Antretung hinzögerte, den spätern Klassen ein Gelangen zur Erbschaft unmöglich war, wie überhaupt eine spätere Klasse selten in vollkommener Sicherheit sein konnte, ob ihr nicht die in Besitz genommenen Erbschaftssachen wieder würden abgefordert werden.

---

1) Es wird sogleich gezeigt werden, daß für diese ältere Zeit noch von keiner **hereditatis petitio** die Rede sein kann.

2) Der **titulus pro herede** kann erst mit der **hereditatis petitio** und der **pro herede usucapio** entstanden sein.

3) **Gai. II. 49.**

4) **Gai. II 51.** – **cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri.**

2. Aber noch ein anderer Uebelstand ist nicht zu übersehen. Ein Erbfall ist nicht bloß für diejenigen von Interesse, welche selbst als Erben einen etwaigen Anspruch auf das Vermögen erheben können, sondern Allen, mit denen der Erblasser Rechtsgeschäfte abgeschlossen hatte, also namentlich Erbschaftsgläubigern, muß es von der größten Wichtigkeit sein, sicher und bald zu wissen, wer der heres sei, wer also die Persönlichkeit des Verstorbenen fortsetze, und somit auch in dessen Schulden eingetreten sei. Auch dem Staat selbst kann es vielfältig von Bedeutung sein, diesen heres zu kennen, und dafür finden wir grade im älteren Römischen Rechte einen sehr wichtigen Beleg. Die ganze Staatsorganisation hing genau mit einer Reihe von gottesdienstlichen Gebräuchen zusammen, die denn auch in das Privatrecht häufig modificirend eingriffen, und deren Beobachtung als für das Staatswohl von der größten Bedeutung von den Pontifen genau überwacht wurde.

Hieher gehörten gewisse sacra, d. h. Opferfeierlichkeiten, welche nach dem Tode einer Person von dessen Erben zu prästiren waren, und auf die man, wie Gaius ausdrücklich bemerkt, in den ältesten Zeiten ein außerordentliches Gewicht legte [5]).

Es kann nur kurz hier berührt werden, welches der Grund dieser sacra gewesen sein möge, da diese Frage wieder für sich selbst eine viel zu weitgreifende ist, als daß sie in dieser Abhandlung ihren vollen Platz finden könnte. Festus (v. publica sacra) macht überhaupt folgende Klassen der sacra:

> Publica sacra, quae publico sumtu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, curiis, sacellis. At privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt.

Es lehrt der erste Blick, daß die sacra, von denen wir hier reden, nämlich die für einen Verstorbenen prästirten, nur zu den privata gezählt werden können, also unter einen von

---

5) Gai. II. 55. — ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit.

den drei Fällen, welche Festus aufzählt, gehören, indem kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß Festus, der offenbar nicht bloß Beispiele aufzählen will, gerade unseren Fall der sacra ausgelassen habe.

Unter den gentilitia sacra aber können wir denselben unmöglich stellen. Daran nahmen alle Gentilen Theil, aber Niemand, der außerhalb der gens stand; es müssen mithin andere sacra gewesen sein, als die von dem Erben zu prästirenden, da der Erbe ja ein zur gens nicht Gehöriger sein konnte. — Was die sacra pro familiis gewesen seien, ist schwierig zu ermitteln; sie werden bei Festus doch offenbar noch verschieden von den gentilitia angenommen. Man könnte sie also auf die Agnatenfamilie beziehen, da ja dies die gewöhnlichste Bedeutung von familia ist. Jedenfalls aber gehören dann wieder die vom heres zu leistenden sacra nicht darunter, da der heres auch nicht aus der Agnatenfamilie zu sein braucht. — Indessen ist von diesen innerhalb des Agnatenkreises gefeierten sacra nirgends sonst in unsern Quellen die Rede, mithin hat es großes Bedenken, sie aus der angeführten Stelle des Festus, die erst erklärt werden soll, beweisen zu wollen. Und so nimmt denn auch Savigny [6]) hier ein Versehen des Festus an, welcher sich sowohl durch die sacra pro singulis hominibus, als durch die gentilitia habe irre leiten lassen. Jene könnten das Ansehen haben, als seien es sacra familiarum, weil doch meistens die Verwandten auch Erben seien. Diese, die gentilitia sacra, aber hätten leicht auch s. familiarum genannt werden können, weil sich überhaupt mit dem Umsturz der Republik der streng unterscheidende Sprachgebrauch von gens und familia verwischte, und man häufig bekannte alte gentes mit dem Worte familia bezeichnete, so daß die spätere ungenauere Redeweise sehr leicht sacra familiarum statt der sacra gentilitia sagen konnte [7]), was denn Festus falsch verstanden, und für zwei verschiedene Dinge angesehen habe.

---

6) Ueber die sacra privata der Römer, in seiner Zeitschrift II. S. 383 ff.

7) Savigny führt Stellen des älteren Plinius und des Macrobius an, worin von den sacra Serviliae familiae, sacra familiae Claudiae, Aemiliae, Juliae, Corneliae die Rede ist.

Diese Ansicht, die sehr Vieles für sich hat, wird keineswegs durch einen neueren Schriftsteller [8]) widerlegt, welcher **familia** für das vererbte Vermögen (also = **hereditas**) nimmt [9]), und danach unter den **sacra pro familiis** gerade die vom **heres** zu prästirenden, welche „für das Wohl des einzelnen Vermögens bestehen, eben daher an dasselbe geknüpft und mit ihm fortlebend.“ Es ist dies schwer zu verstehen, indem sie aus Gelübden des Erblassers hervorgegangen sein sollen, [also doch auch schon von diesem prästirt wurden, und bei dessen Lebzeiten offenbar **sacra pro singul. hom.** waren], welche dann plötzlich durch dessen Tod sich in **sacra pro familiis** umgestaltet hätten. Sie haben also doch ihren Grund im Gelübde eines Einzelnen, und nichts destoweniger sollen sie „nicht von dem Leben des Einzelnen, oder einem einmaligen Verhältniß (?) desselben abhängen!“ — Wenn man dagegen annimmt, die Ausführung dieser Gelübde solle erst nach dem Tode des Gelobenden beginnen, wie kann hiermit das Princip: **sacra perpetua sunto** d. h. gerade deren Uebergang auf Andere nach dem Tode des Votanten vereinigt werden? [10]) — Wie soll sich überhaupt der Name **sacra pro familiis** rechtfertigen, da Woeniger sie für solche nimmt, welche aus dem Vermögen, **ex familia**, entrichtet werden, aber doch für das Heil des Votanten, (z. B. zum Danke **pro restituta valetudine**) constituirt worden sind? Daß die Römer „für das Wohl eines Vermögenscomplexes“ **sacra** errichtet hätten, scheint mir ihrer unwürdig, denn die **sacra** bedeuten Opfer, wodurch der Schutz der Götter für Personen und ihre Handlungen erfleht wird, nicht kann ein Erblasser **sacra** votiren, damit die Götter nach seinem Tode sein Vermögen vor Verschleuderung bewahren mögten.

---

8) Woeniger, das Sacralsystem der Römer (1843.) S. 203.

9) In diesem Sinne kommt das Wort allerdings namentlich in den 12 Tafeln vor: „agnatus proximus familiam habeto,“ „gentiles familiam habento.“ Lex Dei XVI. 4.

10) Cic. de leg. II. 21. — De sacris autem — haec sit una sententia, ut conserventur semper, deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, perpetua sint sacra.

So kann man denn nicht annehmen, daß „die familiae, als vermögensrechtliche Totalitäten gedacht, bestimmte sacra hatten,“ und man wird entweder zu der Savigny'schen Ansicht zurückkehren müssen, oder vielleicht folgenden Erklärungsversuch billigen, bei dem wir nicht nöthig haben, den Festus eines Irrthums zu zeihen.

Es ist bekannt, daß sich die gentilitia sacra nur auf Patrizierfamilien beziehen. Dagegen hatten sich sehr angesehene Plebejerfamilien erhoben, z. B. die Aelier, Mamilier, Marceller, denen gewiß bedeutende Familienerinnerungen nicht gefehlt haben werden, welche sie ebenso feierten, wie die Patrizier die ihrigen durch die gentilitia sacra [11]). Kommen doch sogar municipalia sacra vor (Festus v. municipalia), wie können wir sie für die großen Römischen Plebejerfamilien bezweifeln? Wie aber konnte man dieselben, so lange noch ein strenger Sprachgebrauch die gentilitia sacra auf Patrizierfamilien bezog, anders bezeichnen, als sacra pro familiis? — und warum sollen wir nicht annehmen, daß Festus, wohl von der Sache unterrichtet, es nicht unterlassen wollte, bei den sacra privata die der Plebejer von denen der Patrizierfamilien ebenso zu trennen, wie er dies bei den sacra publica thut [12]), — oder besser, daß Festus nur richtig abgeschrieben habe, was sein Autor wohlweislich so geschrieben hatte? —

Jedenfalls aber muß uns zugegeben werden, daß die vom Erben zu prästirenden sacra, um derentwillen wir auf diese ganze Untersuchung geführt sind, weder zu den sacra pro familiis noch pro gentibus zu zählen sind, daß sie also unter die sacra pro singulis hominibus gehören.

Daß diese sacra mit den Gelübden eng zusammenhängen, zeigt schon Cicero, welcher (de leg. II. 19 u. ff.) die berühmte, unten noch genauer zu erörternde Stelle über die Vertheilung der sacra gleich mit der Zusammenstellung beider beginnt.

(jus), quod cum religione conjunctum est. id autem

---

11) S. Woeniger a. a. O. S. 190. und ff., vergl. mit S. 201.

12) Die sacra pro montibus et pagis (die plebejischen) stehen auch hier den patricischen (pro curiis et sacellis) voran.

quantulum est? — de sacris credo, de votis, de feriis, de sepulcris.

Der Begriff der feriae gehört noch durchaus zu dem der sacra, indem gerade die Zeit dieser Feierlichkeiten feriae hießen [13]), so müssen also wohl nothwendig auch die vota, welche Cicero zwischen jene beiden Ausdrücke stellt, mit den sacra in Verbindung stehen; und dies zeigt denn auch eine andere Stelle von Cicero, sowie eine ausdrückliche, dem Aelius Gallus entlehnte Beschreibung derselben bei Festus [14]). — Wir sehen daraus namentlich, daß alle möglichen Sachen den Göttern darzubringen gelobt werden konnten, daß aber diese Sachen noch nicht durch das einseitige Gelübde zu res sacrae wurden, sondern daß deren Darbringung erst den Pontifen angezeigt, und von diesen acceptirt werden mußte, mit Festsetzung von Zeit und Ort der Darbringung. Diese wurde dann als ein Opfer angesehen, obgleich sie kein wahres Opfer war (tanquam sacrificium), weil die gelobten Sachen nicht vernichtet, sondern im Tempel aufgehängt wurden, oder (wie z. B. aedes, ara, locus oder pecunia) in das Tempelvermögen gelangten. Mit wirklichen Opfern scheint diese Darbringung nicht verbunden gewesen zu sein, da Festus erwähnt, daß der Ort, wo der Act vorgenommen wurde, dadurch nicht sacer werde, sie konnten also offenbar an einem nicht geheiligten Ort vorgenommen werden, während dies doch bei wahren Opfern nicht möglich war [15]).

---

13) Festus v. priv. feriae. — „Privatae feriae vocantur sacrorum propriorum ....“

14) Cic. pr. dom. 51 — Festus v. sacer mons: „quod autem privati suae religionis causa aliquid earum rerum (vorher ist von den consecrirten Sachen: sive aedes, sive ara, sive signum — sive pecunia die Rede) Deo dedicent, id Pontifices Romanos non existimare sacrum; at si qua sacra privata succepta sunt, quae ex instituto Pontificum stato die aut certo loco facienda sint, ea sacra appellari, tanquam sacrificium.“

15) Festus l. c. — „ille locus, ubi ea sacra privata facienda sunt, vix videtur sacer esse.“ Bekanntlich finden sich bei den Ausgrabungen von Tempeln in Italien noch viele dergleichen Weihgeschenke, na-

Wenn wir nun auch zugeben, daß dergleichen vota, wenn sie vom Erblasser noch nicht erfüllt worden, vom Erben zu prästiren waren, so muß doch zugleich anerkannt werden, daß sie unmöglich den einzigen Inhalt dieser auf der hereditas lastenden sacra gebildet haben können[16]). Solche vota können doch verhältnißmäßig nur selten vorgekommen sein, während die sacra bei jeder hereditas die Regel gewesen zu sein scheinen, so daß sich für eine besonders glückliche Ausnahme der Ausdruck »sine sacris hereditas« bildete. Auch scheint man doch bei diesen sacris wahre Opferfeierlichkeiten und überhaupt viel Gepränge voraussetzen zu müssen, da sie eine so große Last für die hereditas bildeten, was Alles auf die Gelobung gewisser Sachen nicht paßt. Endlich aber spricht Cicero (s. Not. 10.) von der Conservation und Fortpflanzung dieser dem Erben obliegenden sacra durch mehre Familien hindurch, was von jenen votis schwer zu verstehen ist.

Auf die richtige Spur, was man für den Hauptinhalt dieser sacra zu halten habe, führt uns schon die obige Stelle Cicero's, worin er die sacra mit den votis und feriis erwähnt, und daran gleich die sepulcra knüpft. Wenn wir darthun können, daß auch diese noch im Zusammenhange mit den sacra stehen, daß, was an sich so natürlich scheint, die anzustellenden Todtenfeierlichkeiten die Hauptlast der hereditas waren, so scheint damit die Wichtigkeit, w[illegible]e Römer bei den Erbfällen auf die sacra legten, durchaus [illegible]rechtfertigt. Und dieser Beweis kann uns nicht schw[illegible] fa[illegible].

Festus (v. privatae feri[illegible]zä[illegible] zu den sacra propria (oder pro singulis hominibus) [illegible]e [illegible]es natales, operationis, und denicales. [illegible]e beiden ersteren können für uns nicht in Betracht kommen, es sind sacra, die Jemand für sich selbst, nicht in Bezug auf einen anderen Erblasser feiert[17]).

---

mentlich wegen Genesung von Krankheiten. S. z. B. Neue Jenaer Liter. Zeit. 1843. № 19.

16) Letzteres ist die Ansicht von Savigny, dem auch Woeniger folgt.

17) Unter die dies operationis gehören indeß auch die eben besprochenen vota, wenn der Erblasser wegen des Gelingens eines Unternehmens seinen Erben etwas aufgelegt hat.

Wohl aber gehören die denicales hieher, von denen Cicero (de legg. II. 22) sagt:

> quae a nece appellatae sunt, qua resident mortui.

Es sind also die Todtenfeierlichkeiten, mit verschiedenen Arten von Opfern[18]), bei denen man großen Aufwand zu machen pflegte, wie man daraus sieht, daß schon die 12 Tafeln denselben zu beschränken strebten[19]). — Es kann wohl kein Bedenken haben, daß diejenigen die Todtenfeierlichkeiten besorgen mußten, denen die sepulcra entweder bereits zusammen mit dem Verstorbenen angehörten, oder denen sie durch dessen Ableben zufielen. Nun unterscheiden die Römer zwei Arten der sepulcra:

> fr. 5 de religios. — Familiaria sepulcra dicuntur, quae quis sibi familiaeque constituit; hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit.

Unter den Familienbegräbnissen wird man vor dem Ende der Republik nach strengerem Sprachgebrauch noch die gentilitia und familiaria unterschieden haben[20]), so daß sich die gentilitia sepulcra nur auf Patrizierfamilien bezogen. Für die familiaria aber wie für die hereditaria stellt Ulpian (fr. 6. pr. de religios.) die Regel auf, daß die Erben, weil sie durch die Erbeseinsetzung in die Persönlichkeit des Erblassers eintraten und so gleichsam in die familia aufgenommen wurden, in jedem Falle daran Antheil gehabt hätten[21]), und so steht denn

18) So beschreibt sie auch Liv. I. 20.: — omnia publica privataque sacra pontificis scitis subjecit.... nec coelestes modo caeremonias, sed justa quoque funebria placandosque Manes ut idem pontifex edoceret.

19) Cic. de legg. II. 22 u. 23. — vergl. Woeniger a. a. O. S. 217 ff.

20) Von ersteren spricht Cicero de legg. II. 22. „Jam tanta religio est sepulcrorum, ut extra sacra et gentem inferre fas negent esse; idque apud majores nostros A. Torquatus in gente Popilia judicavit."

21) Bei den gentilia sepulcra scheint man, wie dies sehr erklärlich ist, keinen heres, der nicht Gentile war, haben zulassen wollen. Aber da sich Cicero (s. d. vor. Note) dafür auf ein Urtheil der majores bezieht, so darf man wohl annehmen, daß man bereits zu seiner Zeit davon abgegangen war.

auch fest, daß sie stets allein oder mit Anderen die Opferfeierlichkeiten für die Verstorbenen zu besorgen hatten. Hiermit nun erklärt es sich von selbst, daß, wie die sepulcra, so auch die sacra, „conservirt und auf andere Familien übertragen wurden (s. Not. 10), d. h. daß sie perpetua waren.

Diese Erörterung über die sacra war nothwendig, um vor Allem eine klare Vorstellung von denselben zum Grunde zu legen, was für die folgende Darstellung von großer Wichtigkeit ist. Es leuchtet danach ein, daß im älteren Römischen Rechte die Prästation dieser sacra ein von den Pontifen überwachtes Staatsinteresse war, und Letztere, wie Gaius ausdrücklich bemerkt (s. Note 5) sehr gewissenhaft darauf halten mußten, daß mit der Darbringung der sacra nicht gezögert werde.

Mithin rechtfertigt sich unser Schluß, daß die Pontifen, ebenso wie es oben für die Erbschaftsgläubiger angegeben wurde, ein Interesse hatten, sicher und bald zu wissen, wer der heres des Verstorbenen sein werde.

§. 3. Die dargestellten Uebelstände, welche aus dem Mangel von Deliberationsfristen hervorgingen, mußten sehr bald so fühlbar werden, daß man auf Abstellung derselben Bedacht nahm. Es finden sich nun im älteren Römischen Rechte zwei Institute, welche durchaus geeignet waren, dem Mangel der Deliberationsfristen abzuhelfen, und die auch gerade in unseren Quellen unter diesem Gesichtspunkte aufgefaßt werden, das sind die cretio und die pro herede usucapio, welche beide jetzt genauer erörtert werden müssen:

1. Es mußte einem jeden sorgsamen Erblasser selbst von Wichtigkeit sein, daß sein Erbe bald nach seinem Tode die Erbschaft antreten mögte, um die Creditoren zu befriedigen und die sacra zu prästiren, welche letzteren zu damaliger Zeit etwa an der Stelle der heutigen Seelenmessen standen. Man mußte also darauf kommen, so weit über den Tod hinaus Anordnungen möglich waren, d. i. durch Testament, diesen Punkt zu reguliren, und so erklärt sich leicht das aus der bloßen Gewohnheit der Testirenden hervorgegangene Rechtsinstitut der

cretio, wonach der Testator dem ernannten Erben aufgab, binnen einer bestimmten Zeit die Antretung vorzunehmen, widrigenfalls er seines Rechtes verlustig sein solle; m. a. W. es wurde, wie die Römischen Juristen ausdrücklich diesen Satz nennen, eine Deliberationsfrist eingeführt.

Ulpian. XXII. 27. — Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem, nec ne.

Gaius II. 164. — Extraneis heredibus solet cretio dari, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem vel si non adeant, temporis fine summoveantur.

Zwei Punkte können bei dieser cretio, wie ich glaube, als gewiß hingestellt werden. Erstlich, daß dies ganze Institut aus der Gewohnheit der Testirenden hervorgegangen, nicht durch ein besonderes Gesetz, etwa die 12 Tafeln, eingeführt worden ist. Nicht allein ist hievon in unseren Quellen keine Spur, sondern es finden sich überhaupt bei der cretio mancherlei nicht ganz genau normirte Sätze, was immer das unzweideutigste Kennzeichen eines gewohnheitsrechtlichen Institutes ist. So ist namentlich die Zeit der cretio nicht fest bestimmt, obgleich freilich die Frist von 100 Tagen allgemein im Gebrauch war [1]).

Zweitens kann es wohl nicht bezweifelt werden, daß die cretio ein altes Institut ist, welches, wenn es auch in den 12 Tafeln noch nicht vorkommt, doch unter die früheren, nach diesen sich bildenden Rechtssätze gezählt werden muß. Schon alle die Formeln, welche dabei regelmäßig in Uebung waren, zeigen diesen älteren Charakter an, ferner ist ja die ganze Substitutionslehre ohne das Vorhandensein der cretio nicht denkbar [2]), und ihr darf doch gewiß kein späterer Ursprung beigelegt werden. Endlich aber zeugen ausdrückliche

---

1) Gai. II. 170. — Omnis autem cretio certo tempore constringitur; in quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum; potest tamen nihilominus jure civili aut longius aut brevius tempus dari.

2) Gai. II. 174.

Worte des Gaius für das alte Herkommen der cretio [3]), indem man, wie er bemerkt, schon lange von den strengen früheren Regeln abgegangen sei, welche zu den freieren Grundsätzen des späteren Rechtes nicht mehr paßten.

Die weitere Entwicklung und das Verschwinden dieses Institutes muß unten noch schärfer in's Auge gefaßt werden, indem sich hiebei, wie schon Hugo bemerkt hat [4]), Räthsel finden, welche wir vielleicht zu lösen im Stande sind.

§. 4. Der Kreis, in dem sich die cretio bewegte, war indessen nur ein sehr beschränkter, so daß damit dem Mangel einer Deliberationsfrist doch nur theilweise abgeholfen war. Die cretio bezog sich ja nur auf testamentarische Successionen, also für die Intestatklassen war (abgesehen von den sui, bei denen aus einem anderen Grunde Deliberationsfristen nicht nöthig waren, — s. §. 1.) an dem alten Zustande nichts verändert worden, und so allgemein mag, namentlich in der ersten Zeit nach ihrem Aufkommen, die Sitte der cretio noch gar nicht gewesen sein, daß darin für alle testamentarische Successionen eine Abhülfe gelegen hätte.

So läßt sich erklären, daß wir noch ein zweites Rechtsinstitut finden, welches nach dem ausdrücklichen Zeugnisse unserer Quellen dazu eingeführt wurde, um den heres durch eine, auf alle Fälle sich beziehende Deliberationsfrist zur Antretung der Erbschaft zu zwingen. Das ist die pro herede usucapio [1]).

Gaius sagt von ihr II. 55:

---

3) Gai. II. 178. — Sed dudum quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum; cum vero cretio finita sit, tum pro herede gerentem admittere substitutum. olim vero placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere, et amplius ad cretionem reverti non posse.

4) R. G. S. 567. zur Note 5.

1) Wenn man den Ursprung der cretio später setzen wollte, als die pro herede usucapio, so würde man auf eine Erklärung, wie nach dem allgemeinen Rechtssatz noch wieder ein gleichartiger auf einen besondern Fall bezüglicher, hätte entstehen können, wohl verzichten müssen.

Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres, maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.

So finden wir also in einer vollkommen schlagenden Stelle die bisher vermuthungsweise ausgesprochenen Gründe, weßhalb der Mangel einer Deliberationsfrist sehr drückend werden mußte, bestätigt, wir haben zugleich das feste Grundprincip erlangt, aus dem das ganze, für die weitere Entwicklung des Römischen Erbrechts so hochwichtige Institut der pro herede usucapio erklärt werden muß.

Dieselbe kann erst nach den 12 Tafeln eingeführt worden sein, da einestheils Gaius hier von den veteres spricht, während wenn schon in den 12 Tafeln selbst von ihr die Rede gewesen wäre, er gewiß nicht allgemein die Alten, sondern ausdrücklich die 12 Tafeln genannt haben würde, — und da anderntheils die für diese usucapio angenommene Zeitfrist offenbar auf einer Interpretation der 12 Tafeln, als eines bereits geltenden Gesetzes, beruht. Weil nämlich durch die 12 Tafeln eine Usucapion für den fundus in zwei Jahren, für die ceterae res in einem Jahre festgestellt war, so rechnete man, durch Auffassung der hereditas als eines untrennbaren Ganzen, dieselbe unter die ceterae res, welche also auch mit Inbegriff der in der hereditas enthaltenen fundi in einem Jahre usucapirt werden könnte.

Gai. II. 53. 54. — Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res quae solo continentur anno usucapiantur. — Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. lex enim XII. tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno.

Das ganze Institut also beruhte auf einer Interpretation der 12 Tafeln, und zugleich sehen wir aus der Steifheit und Gezwungenheit dieser Interpretation, daß sie nur in den frü-

heren Zeiten, wo die Rechtskunde sich noch so sklavisch an Worte band, aufgestellt sein kann. —

Es bedarf indessen noch einer genaueren Entwicklung des der pro herede usucapio zum Grunde liegenden Princips.

Es war Grundsatz des ältesten Römischen Rechts, daß der Erbe in die Persönlichkeit des Erblassers eintrete. Denn nur daraus läßt es sich erklären, daß man ihn von Anfang an als Inhaber der Forderungen, welche doch auf andere Personen nicht übergehen können [2]), ansah, und daß man ihn auch in die Schulden, so wie in die Pflicht zur Prästation der sacra eintreten ließ. Also diese Pflichten waren nicht eigentlich an das Erlangen des Erbschaftsvermögens, sondern an ein Ideelles, an das succedere in universum jus geknüpft, indem man gerade das Erbesein (die hereditas in diesem besonderen Sinne) als die Quelle für das Uebergehen der activa und passiva ansah. Dies Erbesein aber war nach den 12 Tafeln dem, welchem es deferirt worden, auch ehr es acquirirt wurde, gar nicht zu rauben (s. §. 2. im Anfange), Niemand konnte nach Ablauf einer gewissen Zeit in den Platz des zuerst Berufenen, der mit der Antretung säumte, succediren.

Das war es eben, was man jetzt ändern wollte. Man wollte einen gewissen Zeitraum festsetzen, innerhalb dessen der berufene heres antreten müßte, und nach dessen Ablauf ein Anderer in dessen Stelle einträte. Es war gar nicht die Absicht, bestimmten Personen, welche etwa von den 12 Tafeln nicht gehörig berücksichtigt wären, die Erbschaftssachen zuzuwenden, um ihnen einen besonderen Vortheil zukommen zu lassen, es lag augenblicklich nur daran, sicher und bald Jemanden zu haben, der für die aus dem Erbesein folgenden Pflichten einstände. So leuchtete es ein, daß man nicht auf die einzelnen Bestandtheile des hinterlassenen Vermögens (also etwa mit einer Unterscheidung des Grundvermögens, fundi, von den übrigen Sachen) Rücksicht nehmen durfte, sondern daß man gerade das Ideelle des heres-Sein zur Grundlage des einzuführenden Rechtssatzes machen mußte.

Diese hereditas, in der Bedeutung einer successio in

---

2) S. Mühlenbruchs Cession §. 3.

universum jus, quod defunctus habuit [3]), — müsse, so argumentirten offenbar die alten Rechtskundigen, als eine unkörperliche Sache aufgefaßt werden; und indem man nun den Charakter einer Sache urgirte, so war leicht, mittelst einer Anknüpfung an das bereits bestehende Recht, dem Mangel einer Deliberationsfrist abgeholfen. Alle Sachen nämlich, so meinte man, seien, wo nicht besondere Ausnahmen vorlägen, der Usucapion unterworfen, denn unter dem fundus und den ceterae res sei doch gewiß Alles begriffen. Wenn man nun auch das Erbesein unter diese usucapirbaren ceterae res rechnete, so ergab sich eine Deliberationsfrist von selbst. Denn der usucapio muß stets ein Zeitraum des Besitzes vorausgehen, also in dieser Zeit kann der wahrhaft berufene heres über Annahme und Ausschlagung bei sich zu Rathe gehen, mit Ablauf desselben aber war ihm das Recht, die hereditas zu erwerben, verloren, und es war der bisherige Besitzer der ideellen hereditas in seine Stelle succedirt.

Niemand wird dieser Argumentation Einfachheit absprechen [4]) und es wunderbar finden, daß sie in dem einfachen Römischen Rechtszustande allgemeinen Eingang fand, daß sie ein Rechtssatz wurde. Zugleich mit dem Grundprincip mußte man denn auch folgende Consequenzen anerkennen:

a) Was die Größe der Deliberationsfrist betrifft, so folgte dieselbe aus den in den 12 Tafeln für die usucapio eingeführten Zeiträumen. Da die hereditas nur den ceterae res beigezählt werden konnte, so mußte ihre Usucapion durch einjährigen Besitz vollendet werden, und man konnte aus den schon angegebenen Gründen nicht darauf Rücksicht nehmen, ob

---

3) Es ist heutzutage wohl von Niemand mehr bezweifelt, daß die Römer diese ideelle oder, wie man auch sagt: subjective Bedeutung des Wortes hereditas, sehr wohl von der reellen oder objectiven, wo denn die Masse des Vermögens gemeint ist, von Anfange an sehr genau getrennt haben. S. Arndts Beiträge zu versch. Lehren des Civilr. u. Proc. I. S. 16 ff. vgl. auch fr. 62. de R. J. fr. 24. de V. S.

4) Ob sie auch eine natürliche, und juristisch zu rechtfertigende war, ist eine andere Frage.

auch fundi in der Erbschaft seien [5]). War es ja doch der Grund der ganzen Rechtsänderung, daß man bald einen heres haben wollte, und so wird man, sobald es nur irgend zu rechtfertigen war, sich nicht haben bedenken können, unter den beiden Zeiträumen von einem und von zwei Jahren den ersteren zu wählen.

b) Schwieriger war die Frage, wie man den Gegenstand der possessio auffassen solle, damit diese die Grundlage der usucapio sein könnte. Es ist bereits bemerkt, daß man gar nicht darauf ausging, gerade gewissen Personen das Erbschaftsvermögen zuzuwenden, denn daraus würde nur eine possessio und usucapio der einzelnen Erbschaftssachen hervorgegangen sein. Man wollte eine Usucapion der ideellen hereditas, wovon man die reelle, das Vermögen, sehr wohl zu unterscheiden wußte. — Es erhebt sich dabei aber das Bedenken, daß doch nur das, was besessen wird, auch usucapirt werden kann, und es fragt sich, da das Recht des Erbeseins ersessen werden soll, wie dasselbe überhaupt zu besitzen sei? Da es eine unkörperliche Sache ist, so war es nach damaligen Begriffen durchaus unmöglich, an ihr selbst einen Besitz anzunehmen, man wurde also doch darauf zurückgeführt, den Besitz der Erbschaftssachen, also der reellen hereditas, als die Grundlage der usucapio pro herede anerkennen zu müssen, und man konnte sich nicht anders helfen, als daß man in diesem Besitz des Vermögens implicite zugleich den Besitz der

5) Gaius fährt nach den zuletzt abgedruckten Worten (S. 20) so fort: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. Man könnte hier das Bedenken haben, daß doch die Frist von einem Jahre sich auf den Besitz der Sachen beziehe, dies aber noch von der Deliberationsfrist verschieden sei, welche daraus für den heres entstand, indem ja die Besitzergreifung erst später erfolgt sein konnte. An und für sich ist dies richtig, aber man muß bedenken, daß von Versiegelung des Nachlasses oder dergl. bei den Römern nicht die Rede war, daß also doch irgend Jemand gewiß gleich beim Tode des Erblassers den Besitz des Vermögens ergriff. Mithin wird in den meisten Fällen die Delation der Erbschaft (vom mortis tempus an) und der Anfang der Usucapion ganz in denselben Zeitpunkt zusammengefallen sein.

ideellen hereditas fingirte, so daß nach Ablauf eines Jahres die letztere, und damit denn auch die einzelnen Sachen, welche ohne eine solche Fiction vielleicht eines zweijährigen Besitzes bedurft hätten, erworben sein sollten.

Daß in der That in dieser Weise die pro herede usucapio aufgefaßt wurde, geht mit Bestimmtheit aus den bereits citirten Worten des Gaius hervor, aber dabei besteht noch ein Zweifel, dessen Lösung nicht so direct aus den Worten dieses Schriftstellers herauszulesen ist. Indem man nämlich an den Besitz der reellen hereditas auch den fingirten Besitz der ideellen knüpfte, fragt sich, ob man, damit diese Fiction Statt finde, den Besitz des gesammten körperlichen Erbschaftsvermögens, oder nur den einzelner Erbschaftssachen erfordert habe. Daß nun das Letztere die richtige Ansicht sei, läßt sich, theils aus einer Combination der verschiedenen Aeußerungen des Gaius, theils aus dem Principe, dem die pro her. us. ihren Ursprung verdankte, vollkommen genügend, wie ich glaube, beweisen.

Die pro herede usucapio gewann, (um gleich hier im Voraus zu erwähnen, was später noch genauer erörtert werden muß) mit der Zeit eine andere Gestalt, indem man von der Annahme abging, daß die ideelle hereditas selbst usucapirt werden könne, so daß also bloß die Usucapion des Erbschaftsvermögens übrig blieb. Offenbar muß man aus dieser späteren Gestalt die frühere, soweit es für die hier aufgeworfene Frage wichtig ist, wiedererkennen können. Denn wenn sie früher nur zulässig war, sobald Jemand das ganze körperliche Vermögen in Besitz genommen hatte, so mußte dies auch in der späteren Zeit noch immer die Bedingung sein, um das Eigenthum dieser Sachen in einem Jahre erlangen zu können, da wir keine Spur haben, daß man das Institut noch über seine anfänglichen Gränzen erweitert hätte, was auch durchaus nicht wahrscheinlich ist, da man dem Rechtssatze, nachdem er den Zweck nicht mehr erfüllte, um dessentwillen er eingeführt war, unmöglich noch hold bleiben konnte [6]).

---

6) — „tam improba possessio et usucapio." Gai. II. 55.

Nun aber finden wir umgekehrt, daß in der späteren Gestalt, wie sie Gaius vorträgt, die pro herede usucapio sich auch auf einzelne Erbschaftssachen bezog [7]), mithin rechtfertigt sich der Schluß, daß auch von Anfang an der einjährige Besitz einzelner Erbschaftssachen zur Usucapion des Erbrechtes genügt habe.

Und das stimmt denn auch mit dem Zwecke, den das Institut hatte, vollkommen überein. Man wollte sicher und bald einen heres haben. Wie schwer und selten aber würde Jemand dem Erforderniß genügt haben können, sich in den Besitz der ganzen Erbschaft zu setzen, wie leicht würde dies zu Gewaltthätigkeiten unter verschiedenen Besitzergreifenden geführt haben. Allerdings würde man mit jenem Erforderniß die Annehmlichkeit erreicht haben, daß es nur immer Einer gewesen wäre, der den Creditoren und Pontifen gegenüber stand, aber da man dann überhaupt selten diesen Einen erlangt haben würde, so zog man unter zwei Uebeln das geringere vor und gab zu, daß es auch ihrer Mehre sein konnten, welche zusammen durch den Besitz verschiedener Theile der Erbschaft zum Rechte des Erbeseins gelangten.

c) Dies führt uns zu der dritten Frage, nämlich über die Personen, von denen eine usucapio pro herede ausgeübt werden konnte.

Man sah, wie bereits hervorgehoben ist, gar nicht auf bestimmte Personen, zu deren Gunsten eine neue Klasse der Erbberechtigung einzuführen wäre; sondern da überhaupt unter den civilrechtlichen Klassen keine successio Statt fand, so sollte jetzt eine allgemeine aufgestellt werden, worin Jeder, der da wollte, nach einiger Zeit an die Stelle des eigentlich Berufenen treten konnte. Man sah also das Erb-

7) Gai. II. 52. — Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat, velut si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est quae recipit usucapionem, quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

schaftsvermögen offenbar als ein herrenloses an[8]), das ein Jeder in Besitz nehmen und durch Usucapion zu seinem Eigenthum machen dürfe[9]), wobei aber auch das Erbrecht auf ihn übergehen sollte.

Gerade daraus, daß ein Jeder zur Besitzergreifung der Erbschaft gerufen wurde, sieht man, daß die pro herede usucapio nur auf dem Principe der Occupation errichtet werden konnte, und nur dadurch, daß man die Erbschaft für herrenlos erklärte, konnte man den justus titulus rechtfertigen, der zu einer jeden Usucapion erforderlich ist. Die Zeit des Besitzes, welche der endlichen Usucapion voraufging, schien genügend lang, damit der wahrhaft berufene heres durch seine Antretung die hereditas aus einer herrenlosen zu seiner eigenen machen und seine Rechte gegen die fremden Usucapienten verfolgen könne[10]), war aber diese Zeit verflossen, so war auch sein Anspruch gegen diese Letzteren vernichtet, sie waren jetzt selbst heredes geworden. —

Indessen bleibt hiebei noch immer zweifelhaft, wie das Verhältniß solcher mehrerer Personen gewesen sein möge, welche alle durch den Besitz einzelner Erbschaftstheile das Erbrecht usucapirt hatten. Die Quellen verlassen uns hier ganz, aber eine Fortentwicklung aus dem bereits Gesagten wird doch vielleicht das Richtige treffen lassen.

Es war, um das Erbrecht zu ersitzen, nicht nöthig, daß man die ganze Erbschaft in Besitz genommen habe, aber

---

8) Gaius epit. II. 1. §. 1. in fin. — Sed et res hereditariae, antequam aliquis heres existat...... in nullius bonis esse videntur. — Es kann hier die Ansicht nicht erörtert werden, daß die Theorie von der Persönlichkeit der hereditas jacens erst nach der Aufhebung der pro herede usucapio durch Hadrian aufgekommen sei.

9) Es muß weiter unten noch besonders dargethan werden, daß, indem man die hereditas für herrenlos erkannte, sie dadurch doch nicht gleich mit der Occupation ins Eigenthum gebracht werden konnte, sondern erst noch der Usucapion bedurfte; und wenn dies nicht richtig wäre, so wüßte ich nicht, wie man für das Institut der pro herede usucapio eine genügende Erklärung aufzustellen vermögte.

10) Die Darstellung dieser Rechte des wahren heres gegen den pro herede Usucapirenden wird den Inhalt der folgenden §§ ausmachen.

umgekehrt ist die Frage, ob dies ersessene Erbrecht ein ausschließliches oder noch andere Erben zulassendes gewesen sei? Wenn Jemand in der That den Besitz der gesammten Erbschaft erlangt hatte, so wird nicht geläugnet werden können, daß hier auch das Erbrecht ein ausschließliches gewesen, daß er allein den Pontifen und Creditoren gegenüber gestanden habe. Aber das Vermögen konnte ja sehr zerstreut worden sein, Jener hatte einen größeren, dieser einen geringeren Theil desselben, Andere endlich vielleicht nur einzelne Sachen sich zugeeignet. Nach der allgemeinen Rechtsregel waren doch alle zum Erbrechte gelangt, und so würde es nicht allein ganz unjuristisch gewesen sein, sondern auch eine große Unbilligkeit involvirt haben, wenn man etwa annähme [11]), daß nur der den Pontifen und Creditoren habe haften müssen, welcher den größeren Theil des Vermögens erhalten habe. Denn wenn dieser allein Schulden und sacra bezahlen müßte, so gingen ja die übrigen Usucapienten frei aus, während sie doch auch, nach der Rechtsregel, als heredes dazu verhaftet waren. So bleibt also kein Ausweg als die Annahme, daß die einzelnen Besitzergreifenden in demselben Verhältniß an den sacra und der Schuldenzahlung Theil nehmen mußten, wie sich der Werth der in Besitz genommenen Sachen zu einer Quote des ganzen Vermögens berechnen ließ. Wer also z. B. Sachen im Werthe von $1/10$ der Erbschaft sich angeeignet hatte, mußte auch $1/10$ der Schulden und der Kosten für die sacra tragen [12]).

11) Dazu könnte leicht eine Stelle des Cicero (de legg. II. 19) verleiten, wo von dem die Rede ist, qui de bonis, quae ejus fuerint, quum moritur, usuceperit plurimum possidendo. Die richtige Erklärung wird unten gegeben werden.

12) Wiederum sind wir hier im Unklaren, ob man das Vermögen nur als Inbegriff der körperlichen, also des Besitzes fähigen, Sachen aufgefaßt habe; wie also die Erbschaftsforderungen behandelt worden seien. Man könnte glauben, daß sie in demselben Verhältniß wie die Schulden unter die Usucaptoren repartirt worden seien. Aber jedenfalls werden wir bei der späteren Gestalt der pro herede usucapio (s. S. 24) finden, daß der nicht zahlende Erbschaftsschuldner selbst als seine Schuld ersitzend angesehen wurde, woraus

Hiernach läßt sich auch die Concurrenz des wahren heres mit einem oder mehren Usucaptoren festsetzen. Hatte nämlich jener etwa die Hälfte der Erbschaft wirklich in Besitz genommen, und ein fremder die andere Hälfte ein Jahr lang besessen, so war dem eigentlich berufenen heres sein Erbrecht jedenfalls nur zur Hälfte entzogen, und beide mußten wie zwei nach den 12 Tafeln nebeneinander berufene Erben den Pontifen und Creditoren gerecht werden.

§. 5. Was sich allenfalls über das dem pro herede Ersitzenden verliehene Recht mit einiger Bestimmtheit sagen läßt, ist hiermit dargestellt worden. Es bleibt noch die Frage übrig, wie der wahre heres, dem jetzt eine Deliberationsfrist gestellt war, damit er zur früheren Antretung der Erbschaft gebracht werde, — wie er, sobald er nicht säumig war, sich vollkommen gegen die Eingriffe Dritter schützen konnte; denn da wir aus Gaius sehen, daß das ganze Institut nur um der nachlässigen heredes willen eingeführt sei, so müssen doch dem sorgsamen heres, der sich unter die gesetzte Frist bequemte, Mittel und Wege offen gestanden haben, völlig ohne Schaden davon zu kommen.

Vor Allem muß untersucht werden, ob sämmtliche, von den 12 Tafeln Gerufenen, dem Usucapirenden gegenüber, durchaus gleichgestellt waren. Die testamentarischen Erben waren, wenn sie nicht schon in die hundert Cretionstage eingeschlossen wurden, jedenfalls doch der in der pro her. us. liegenden Deliberationsfrist unterworfen, und dieselbe Beschränkung trat auch bei den ab intestato gerufenen Agnaten und Gentilen ein. — Aber der suus? Wenn man die obige Darstellung über sein unwillkührliches und gezwungenes Erbewerden mit dem Princip der pro herede usucapio vergleicht, welche eingeführt wurde, „ut maturius hereditates adirentur" — so scheint es auf den ersten Blick unmöglich, daß die pro herede usucapio gegen den suus habe gerichtet werden können. Wer

---

eben so wie schon oben (obgleich hier nicht so sicher) ein Schluß auf die frühere Gestalt der pro her. us. gezogen werden kann. Danach hätte der Erbschaftsschuldner selbst pro rata den Pontifen und Creditoren haften müssen.

ganz ohne sein Zuthun die Erbschaft immer von selbst erwirbt, wie kann er noch gezwungen werden, rascher die Erbschaft anzutreten, wie kann er also Vermögensnachtheilen unterworfen werden, zu denen die Veranlassung fehlt?

Indessen müssen sich dem genauer Betrachtenden noch folgende Bedenken aufdrängen. Durch die pro herede usucapio soll allerdings der heres zur Antretung der Erbschaft bewogen werden, aber nicht bloß zu der formellen, wie etwa dem Aussprechen der solennen Cretionsworte, sondern er soll auch diese seine Willenserklärung durch Thaten äußern, sich des Vermögens annehmen. Wer sich nicht in den Besitz des Erbschaftsvermögens zu setzen sucht, dem scheint es auch mit seiner Erklärung, antreten zu wollen, kein rechter Ernst zu sein, so daß man auch eine bereitwillige Prästation der sacra und Zahlung der Erbschaftsschulden nicht von ihm voraussetzen kann. Deßhalb nahm man an, daß noch nicht die bloße Erklärung der Erbschaftsantretung die pro herede usucapio unmöglich mache, sondern erst die aus dieser Erklärung folgende Thätigkeit, also die Besitzergreifung der Sachen [1]), oder wenn sie schon von Anderen in Besitz genommen waren, ihre Zurückforderung.

Nun aber kann doch beim suus durch das Gesetz nur die formelle Erklärung der Antretung supplirt werden, die thatsächliche Aneignung muß von ihm selbst ausgehen, da man aber auch diese erforderte, so scheint doch die Annahme wohl nicht so unmöglich, daß sich die pro her. us. auch auf den suus bezogen habe. Und wenn man bedenkt, daß die Gründe, welche den suus bewegen konnten sich von der Erbschaft fern zu halten, später den Prätor sogar zur Aufstellung eines eigenen Rechtsinstitutes, des beneficium abstinendi, veranlaßten, so wird man es nicht unwahrscheinlich finden, daß in früherer Zeit der Fälle genug vorgekommen sein mögen, in denen der suus sich factisch zu entziehen suchte, um sich auch gegen die erbschaftlichen Lasten entschuldigen zu können. Alsdann mogte es denn doch sehr empfehlenswerth erscheinen, daß der Besitzer-

1) Gai. II. 52. — si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit.

greifende von den Creditoren und Pontifen in Anspruch genommen werden konnte, obgleich freilich der der pro herede usucapio zum Grunde liegende juristische Satz, daß die bona hereditaria als herrenlos anzusehen seien, in diesem Falle durchaus nicht paßte.

Wenn schon durch diese Gründe es wahrscheinlich wird, daß auch der suus nicht frei war von den Nachtheilen der pro her. us., so wird dies denn auch durch Quellenzeugnisse bestätigt. — Wie schon oben gezeigt wurde, ist das Rechtsverhältniß des suus mit dem des servus, so weit es im Kreise der potestas liegt, ganz dasselbe; und wenn sich hier Verschiedenheiten finden, so können dies nur positive Bevorzugungen des filiusfamilias sein, welche von Anfang an nicht vorhanden waren. Vom servus nun sagt Gaius ausdrücklich, daß er der pro herede usucapio unterworfen war:

> II. 58. — Set necessario tamen herede exstante ipso jure pro herede usucapi potest.

Man könnte glauben, daß Gaius unter dem Ausdrucke necessarius heres auch den suus begriffen habe, indeß ist es wahrscheinlicher, daß er der gewöhnlichen Terminologie gefolgt sei, welche hiemit ausschließlich den servus bezeichnete [2]), und dann beweist die Auslassung des suus, daß er allerdings in späterer Zeit von der pro herede usucapio frei war, aber da das alte Recht noch immer für den servus bestehen blieb, müssen wir annehmen, daß es anfangs gleichmäßig auch für den filiusfamilias gegolten hatte.

Diese Argumentationsart, welche, wie ich glaube, in allen das Rechtsverhältniß des suus betreffenden Fällen, die richtige ist, findet sich nun für die pro herede usucapio ausdrücklich in unseren Quellen bestätigt:

> l. 2. C. de usuc. pro her. (7. 29) — Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, magis obtinuit.

Also man muß doch früher auch anderer Meinung gewesen sein, ehe die hier vorgetragene Ansicht die herrschende wurde.

---

2) Ulpian. fr. XXII. 24.

Da an einen Schulstreit und überhaupt eine Controverse der späteren Juristen nicht wohl zu denken ist, so werden wir die Worte magis obtinuit so verstehen dürfen, daß früher die entgegengesetzte Ansicht herrschend war, welche dann, vielleicht nach einigem Schwanken, von der dem suus günstigeren verdrängt wurde.

Die Gründe, aus denen die pro herede usucapio, als sie nur noch eine Ersitzung einzelner Erbschaftssachen gewährte, sehr leicht zu Gunsten des suus heres für unanwendbar erklärt werden konnte, wird sich der geneigte Leser aus dem Gesagten leicht construiren können.

§. 6. Die Art, wie sich der von den 12 Tafeln Berufene gegen die pro herede usucapio schützen konnte, lag, wie bereits angegeben ist, nicht bloß darin, daß die Acquisition der Erbschaft bei ihm feststand, sondern er mußte sich auch den Besitz der Erbschaftssachen verschaffen, wodurch dann die usucapio für immer ausgeschlossen wurde, da durch Besitzergreifung sie in des Erben volle Herrschaft übergegangen waren, also nicht mehr für herrenlos gehalten werden konnten (s. §. 5. Note 1.). Hatte dagegen Jemand Erbschaftssachen in Besitz genommen, deren Besitz der heres noch nicht gehabt, so mußten ihm diese Sachen innerhalb des Jahres gerichtlich abgefordert werden, wenn nicht die Wirkungen der pro herede usucapio eintreten sollten.

Diese Klage gegen den pro herede Usucapirenden ist die hereditatis petitio, und ich glaube darthun zu können, daß dieselbe überhaupt erst mit dem Institute der pro herede usucapio entstanden sein kann.

Es ist bereits genügend von Anderen hervorgehoben worden, daß die hereditatis petitio nicht direct eine Forderung auf Herausgabe des Erbschaftsvermögens enthalte, sondern daß man damit hauptsächlich die Anerkennung seines Erbrechtes, der ideellen hereditas fordere (hereditatem meam esse), woraus dann nur mittelbar von selbst folgt, daß der Beklagte die Erbschaftssachen, durch deren Besitz er das Erbrecht des Klägers verletzt, herausgeben müsse [1]). — Eine solche Klage aber

1) S. hauptsächlich Arndt's Beiträge 1. Heft S. 18 u. ff.

scheint mir schon nach dem im Anfange des §. 2. Erwähnten, für die Zeit vor Einführung der pro herede usucapio gar nicht möglich.

Wenn ein nach den 12 Tafeln Berufener die Erbschaft wirklich antritt, so war es durchaus nicht möglich, daß je noch ein späterer Grad oder eine spätere Klasse zur Erbschaft gelangte. Aber auch wenn er nicht antrat, und seine Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der hereditas zweifelhaft ließ, so konnte doch wegen des Mangels der Deliberationsfristen niemals ein Anderer das Erbrecht erwerben. Die Delation des Erbrechts enthielt also ein streng an seine Person geknüpftes, von ihr nur durch eigenen Willen trennbares Recht [2]). So lange also diese Person vorhanden war und noch nicht ausdrücklich verzichtet hatte, waren die Sachen allerdings res nullius, aber doch nicht solche, die von einem Jeden hätten occupirt werden können, die vielmehr nur beim Vorhandensein eines justus titulus sich usucapiren ließen (s. §. 2. zu Note 2.). Jeder Andere, sei er Einer, der später hätte berufen werden können oder nicht, mogte er noch so lange noch so viel Erbschaftssachen besitzen, konnte doch nie Erbe werden, nie also das Erbrecht des wahrhaft Berufenen verletzen. Nur sein Eigenthumsrecht war, nachdem er die Erbschaft in der That angetreten, in Gefahr, durch den Besitz Anderer verloren zu werden, also nur darauf konnte denn auch seine Klage gehen; m. a. W. vor der pro herede usucapio können für die Einforderung der Erbschaftssachen nur Vindicationen bestanden haben, ebensogut wie man nicht zweifeln wird, daß der nicht zahlende Erbschaftsschuldner nur mit der persönlichen Klage, die sich schon vom Erblasser herschrieb, zu belangen war, daß von einer hereditatis petitio gegen ihn nicht die Rede sein konnte.

Dies Alles mußte sich seit Einführung der pro herede usucapio umgestalten. Jetzt lag in dem Besitze einer Erb-

2) Es ist sehr die Frage, ob nicht sogar anfangs auch im Falle der Repudiation (oder, was dem gleich steht, des Todes) des berufenen Erben eine graduum oder ordinum successio ganz allgemein verboten gewesen sei. S. unten §. 22. 23.

schaftssache, selbst wohl im Nichtzahlen einer Erbschaftsschuld (s. §. 4. Note 12) eine Anmaßung des Erbrechts, welches durch Ablauf eines Jahres erworben wurde, und wenn man auch annahm, daß der daraus dem heres entstandene Schaden eine wohlverdiente Strafe seiner Säumigkeit sei, so mußte doch die Rechtsänderung wieder dadurch ins Gleichgewicht gebracht werden, daß es ein Rechtsmittel gebe, welches von dem Nichtsäumigen allen möglichen Nachtheil ferne hielte. Aber konnte man zu diesem Zweck die bisherigen Vindicationen und persönlichen Klagen für genügend erachten?

So sehr der juristische Sinn in dieser alten Zeit noch im Argen gelegen haben mag, so mußte hier doch auch der gewöhnlichste Verstand den Mangel erkennen. Wenn bisher der heres Sachen und Forderungen eintrieb, so war es ihm um nichts als eben um diese Sachen und diese Forderungen zu thun. Jetzt stand etwas Höheres auf dem Spiel; er mußte nicht bloß klagen, damit nicht die einzelnen Gegenstände durch eine gewöhnliche (unter den Regeln des justus titulus stehende) Usucapion verloren gingen, er mußte klagen um mit der Herausgabe der Sachen zugleich die Usucapion der ideellen hereditas, des Erbrechtes zu vernichten. Also mit einer und derselben Klage hatte er zwei verschiedene Ansprüche durchzusetzen, von denen der letztere, auf welchen doch die Eigenthumsklage gar nicht direct gerichtet wurde, bei weitem der wichtigste war. Und eben weil sein Hauptzweck unmittelbar sich gar nicht in der Vindication aussprach, sondern nur indirect durch dieselbe erlangt ward, so konnte der heres ohne das geringste Verschulden und Versäumniß doch den Schaden erleiden, den er verhindern wollte. Konnte er wissen, welche Sachen gerade sich im Besitz dieses seines Gegners befänden? Durch die Unrechtlichkeit desselben konnte er getäuscht sein, und wenn er nicht alle Sachen von ihm abgefordert hatte, so wurde dennoch mit Hülfe der zurückgebliebenen Theile der Erbschaft die hereditas ersessen.

Jedermann mußte einsehen, wie hier abgeholfen werden könne und müsse. Man brauchte nur das bisherige Verhältniß umzukehren. Während man seither durch persönliche Klagen und Vindicationen das Erbschaftsvermögen, also die

reelle hereditas, eingeklagt hatte, so brauchte man jetzt nur eine Klage zu geben, welche direct auf die in Gefahr schwebende ideelle hereditas, das Erbrecht gehe. Dieses mußte vor Allem erst vom pro herede Besitzenden anerkannt werden, damit der größten Gefahr vorgebeugt werde; nach dieser Anerkennung aber verstand es sich dann ganz von selbst, daß der Beklagte nun auch alles Erbschaftsvermögen insgesammt herausgeben mußte, das er ja von jetzt ohne alle causa besitzen würde.

Eine solche Klage aber, wie sie hier unumgänglich nöthig wurde, ist gerade die hereditatis petitio ganz unzweifelhaft [3]), und somit ist denn auch der Beweis geliefert, daß diese erst aus dem Institute der pro herede usucapio hervorgegangen sein kann.

Es leuchtet ein, daß diese Abhängigkeit der hereditatis petitio von der pro herede usucapio für das Verständniß der weiteren Entwicklung der Erbschaftsklage von wesentlicher Bedeutung sein muß, indem nun gleich von vorn herein zu vermuthen ist, daß eine jede Veränderung der pro herede usucapio auf die hereditatis petitio nothwendig zurückwirken, und dieser eine andere Gestalt geben mußte. Manches davon soll im Folgenden erwähnt werden.

Gleich hier ist indeß noch das Beklagtenverhältniß bei der her. pet. etwas genauer festzustellen, weil es mit dem Ursprunge dieser Klage in engem Zusammenhange steht. Die Behauptungen des mit der her. pet. belangten Erbschaftsbesitzers können folgende sein:

---

3) fr. 1. §. 10. de her. pet. — Itaque qui ex asse vel ex parte heres est, intendit quidem (d. h. der eigentliche Zweck seiner Klage ist) hereditatem suam esse (d. h. Anerkennung seines Erbrechts) totam vel pro parte, sed hoc solum ei officio judicis restituitur, quod adversarius possidet, aut totum si ex asse sit heres, aut pro parte, ex qua heres est. cf. fr. 3. eod.

1) er selbst sei Erbe. — Führt er hier denselben Delationsgrund wie der Kläger an, und läugnet den des Klägers nicht, so behauptet er sein Miterbrecht, und alsdann schlägt der Proceß in das Gebiet des judicium familiae herciscundae. Behauptet er dagegen sein alleiniges Erbrecht, so kommt es auf den Beweis an. Siegt darin der Beklagte, so verletzt er ja gar nicht den (unberechtigten) Kläger, da er, der Beklagte, selbst der Erbe ist, also nicht bloß pro herede usucapirt. Siegt aber der Kläger im Beweise, so muß der Beklagte weichen, dem sein Glaube und seine Angabe, er selbst sei der Erbe, gar nichts hilft. Freilich wird er nicht als improbus possessor angesehen, da ihm eben aus dem Institute der pro herede usucapio die Berechtigung ertheilt ist, die Erbschaft in Besitz zu nehmen. Weil aber das Recht, auf das sich der Beklagte hier in der That stützt, nichts als die pro herede usucapio ist, so muß er denn auch vor dem im ersten Jahre des Besitzes klagenden heres zurücktreten.

2) Es braucht indeß der Beklagte sich auch gar nicht auf einen wahren Delationsgrund der hereditas zu stützen, sondern er kann lediglich sich auf die pro her. us. berufen. Er gesteht also von vorn herein zu, daß er darauf ausgehe, die hereditas zu ersitzen, was der Kläger nicht hindern könne, als bis er sein wahres Erbrecht beweise. Gelingt nun diesem der Beweis nicht, so ist der possessor gar nicht gestört, gelingt er ihm, so hört alles Recht des possessor auf.

Wir haben hier also zwei Arten von Beklagten, gegen die allein die hereditatis petitio angestellt werden kann. Sie unterscheiden sich nach den Behauptungen, die sie im Erbschaftsproceß vorbringen, aber beide sind dem wahren materiellen Rechte nach, welches ihnen zur Seite steht, offenbar ein und dasselbe, sie sind gleichmäßig pro herede Usucapienten. Daß im Proceß der Eine irrthümlich etwas behauptet, was der Andere gar nicht unternimmt, kann in der Art der Beweisführung eine Aenderung hervorbringen, aber auf ihr rechtliches Verhältniß, wie es wirklich ist, hat es gar keinen Einfluß. Allerdings war jener Unterschied der anfänglichen, im Verlauf des Processes aber auf dasselbe hinauslaufenden Behauptungen der Beklagten wichtig genug, um beide Fälle durch verschiedene Aus-

drücke zu unterscheiden. Man nannte den, der selbst Erbe zu sein behauptete, den pro herede possessor, der dies nicht that, den pro possessore possessor, aber daraus darf nicht abgeleitet werden, daß, so lange überhaupt die pro herede usucapio nicht verboten war[4]), daraus irgend ein rechtlich verschiedenes Verhältniß für beide Arten der possessores, namentlich bei der Restitution der Erbschaft hervorgegangen wäre. Die pro herede usucapio war bis auf Hadrian keine rechtlich improba, erst seit diesem Kaiser können die Unterschiede des bonae und malae fidei possessor aufgekommen sein. Ueberhaupt aber sehen wir, daß die obige Terminologie von pro herede und pro possessore possessor in der früheren Zeit gar nicht feststehend gewesen ist, indem auch noch von Gaius die possessio dessen, qui seit alienam rem se possidere, eine pro herede possessio genannt wird. Ebenso muß man also auch einen solchen Besitzer pro herede possessor genannt haben[5]).

II. Das successorium edictum.

§. 7. Den Mängeln, welche aus dem ursprünglichen Nichtvorhandensein von Deliberationsfristen hervorgegangen waren (s. oben §. 2.), wurde allerdings durch das Institut der cretio und pro herede usucapio theilweise abgeholfen.

Der Satz, daß keine folgende Klasse der früher berufenen, nicht antretenden, succediren könnte, wurde für die testamentarische Erbfolge durch die cretio verändert, indem darin die Möglichkeit der Substitutionen, also verschiedener auf einander folgender Grade, gegeben war. Bei der Intestaterb-

4) Also bis auf Hadrian. Gai. II. §. 57.

5) Gai. II. 52. — quae species possessionis (et usucapionis) pro herede vocatur. Gaius versetzt sich in den §§. 52—54. absichtlich in die Zeit vor Einführung des Hadrianschen Senatusconsultes zurück.

folge dagegen blieb freilich die Regel, daß keine successio unter den drei Klassen statt finde, unverändert bestehen, wurde aber doch dadurch wesentlich modificirt, daß jetzt die spätere Klasse, wenn sie den Besitz der Erbschaftssachen erlangt hatte, durch die pro herede usucapio den früher Berufenen ausschließen konnte, und es leuchtet doch ein, daß die Agnaten oder Gentilen, wenn der vor ihnen Stehende sich der Erbschaft nicht annahm, stets am leichtesten in der Lage sein mußten, das Vermögen in Besitz zu nehmen, so daß also der Vortheil der pro herede usucapio in der Regel diesen schon nach den 12 Tafeln gerufenen späteren Klassen zugekommen sein wird.

Aber dabei ist gleich hervorzuheben, daß sie diesen Vortheil doch nie als schon von den 12 Tafeln berufene Erben hatten, sondern rein aus dem factum der Besitzergreifung ableiteten; es war dem Zufall anheimgestellt, ob ihnen die Besitznahme möglich sein werde. Einen Rechtssatz, daß die civilrechtlichen ordines einander succediren sollten, gab es noch gar nicht. —

Ueberhaupt scheint die Frage, wer am zweckmäßigsten als heres eintreten solle, sobald die erste Delation der Erbschaft fruchtlos gewesen sei, die Römer anfangs wenig beschäftigt zu haben, sie erkannten noch nicht genug die bedeutende Mangelhaftigkeit ihres Rechtszustandes, sonst würden sie derselben schon auf andere Weise als durch die pro herede usucapio abgeholfen haben. Vielmehr wurde von ihnen nur der zweite oben (§. 2.) erörterte Uebelstand in Betracht gezogen, welcher auch offenbar mehr geeignet ist, selbst dem wenig über die Zweckmäßigkeit des positiven Rechts Nachdenkenden ins Auge zu fallen. Weil Pontifen und Creditoren nicht wußten, an wen sie sich halten sollten, deßhalb ist, wie Gaius ausdrücklich sagt und wir es nicht bezweifeln dürfen, die pro herede usucapio eingeführt, und derselbe Grund wird auch schon früher zur Reception der cretio gewirkt haben. Die zweckmäßigere Regulirung der successio unter denen, an welche sich Creditoren und Pontifen zu wenden hatten, blieb einer späteren Zeit vorbehalten.

Abgesehen hievon ist es nicht schwer, in dem Institute

der **pro herede usucapio**, — welches ja nun alle Erbschaftsfälle beherrschte, mogte noch eine Cretionsfrist hinzutreten oder nicht — noch folgende sehr bedeutende Schwächen zu erkennen.

1) Es wurde dadurch offenbar die Zersplitterung der Erbschaft ganz außerordentlich befördert. Wer auch nur eine Sache aus der **hereditas** besaß, ja vielleicht sogar der Schuldner, welcher nicht zahlte, usucapirte die **hereditas**, das Erbrecht, zu einem solchen Intellectualtheile, als sich die Sache oder die Schuld zu einer Quote des Vermögens berechnen ließ. Dadurch aber mußte es den Pontifen und Creditoren bisweilen sehr schwierig werden, ihre Forderungen durchzusetzen, so daß also doch das Institut, das um ihrentwillen eingeführt war, ihnen wenig Trost gewährte.

Freilich muß man nicht glauben, daß dergleichen bei den verschiedenen Erbfällen das Gewöhnliche gewesen sei. Es ist zu natürlich, daß nach dem Tode eines Menschen diejenigen, welche ihn noch in den letzten Augenblicken umgaben, also sein Ehegatte, seine Verwandten, sogleich Besitz von seinem Vermögen nehmen, als daß man hier an ein häufiges Zusammenströmen fremder Besitzergreifender, und gar an Streitigkeiten derselben bei der Besitznahme denken könnte. Aber dergleichen war doch immer einmal möglich, je nach den Umständen, in denen der Erblasser gestorben war, und schon diese Möglichkeit einer völligen Zersplitterung des Vermögens, so selten sie sich auch wirklich ereignen mogte, und überhaupt die völlige Unsicherheit, welche Personen der Zufall ihnen gegenüberstellen würde, mußte die Creditoren und Pontifen auf den Gedanken führen, daß sich doch ein sehr viel besseres Institut zu ihrem Schutze denken lasse, als den ihnen die **pro herede usucapio** gewährte.

2) Dazu gesellte sich aber noch ein anderes Bedenken. — So einfach an sich auch die Argumentation war, auf welche man die **pro herede usucapio** basirte (s. §. 4 zu Note 4.), so mußte man doch wohl bald darauf kommen, daß sie eine unnatürliche, ja völlig unjuristische sei. Man wollte eine Usucapion der ideellen **hereditas**, also einer unkörperlichen Sache haben, aber wie wollte man es rechtfertigen, daß der Besitz,

der zu dieser Ersitzung führen sollte, in dem Besitze einer einzelnen Erbschaftssache läge? Man sollte das Eine besitzen, und gar nicht eigentlich dies, sondern etwas ganz Anderes ersitzen, was namentlich auffallen mußte, wenn Jemand einen einzelnen fundus aus der Erbschaft besaß, wodurch er nach Ablauf eines Jahres die hereditas und hierdurch wieder den fundus ersaß, welcher an und für sich eines Besitzes von zwei Jahren bedurft hätte. Das widerstritt doch zu sehr der Regel, daß die Usucapion nur so weit gehe, als die possessio gereicht hatte!

Ferner aber mußte die Schwierigkeit der Berechnung sehr gegen die Anwendung des ganzen Institutes sprechen. Der Usucapirende kann unmöglich, wie schon oben erörtert ist, eine größere Quote der hereditas usucapirt haben, als wie das Verhältniß der von ihm in Besitz genommenen Sachen zum ganzen Vermögen betrug. Aber diese Feststellung mußte doch offenbar wenn das Vermögen mehrfach zersplittert war, wenn man dessen Größe nicht genau kannte, eine sehr schwierige und weitläuftige werden, bei der die Betrügung der Creditoren und Pontifen den Usucapienten sehr leicht gemacht war. —

Mag es lange oder kurz gedauert haben, endlich mußten doch diese Gründe die Aufhebung der pro herede usucapio herbeiführen [1]), aber wir sehen aus Gaius, daß man nur das hauptsächlich Unjuristische davon aufgegeben, dagegen das Uebrige durchaus hat bestehen lassen.

Die Worte des Juristen sind folgende:

II. 54. — Quamvis autem postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo teneantur, annua usucapio remansit.

Das ist also die zweite Periode, welche man bei der pro

---

1) Aus welcher Quelle sie überhaupt eingeführt sei, wird sich schwerlich ausmitteln lassen. Wenn eine eigene lex darüber aufgestellt wäre, so würde doch Gaius dies wohl nicht unerwähnt lassen. Aber von der anderen Seite sollte man kaum glauben, daß ein solches Institut aus der Interpretation der Rechtskundigen habe hervorgehen können.

herede usucapio unterscheiden kann. Die hereditas selbst, das Erbrecht, wird nicht mehr usucapirt, sondern nur noch die einzelnen Erbschaftssachen, so daß man also das Grundprincip, daß der Nachlaß etwas Herrenloses und Occupirbares sei, noch durchaus beibehielt [2]).

Aber daraus erhellt auch gleich, daß nun mit der pro herede usucapio gar nicht mehr der Zweck erreicht wurde, um dessentwillen sie eingeführt worden, daß sie also von jetzt an nur noch als ein zweckloser Rechtssatz fortbestand, welcher ebendeßhalb in das organische Ganze des Rechtes störend eingreifen mußte [3]), und es läßt sich nur aus dem Römischen Charakter erklären, daß in dieser Gestalt das Institut so lange Zeit noch gegolten hat, indem man bestehendes Civilrecht, sobald es nur nicht durchaus widersinnig war, nicht gern aufhob, und lieber nur indirect durch Prätorische Institute paralysirte. Ob dies nicht auch in unserem Falle eingetreten sei, wird an seinem Orte noch besonders untersucht werden. —

Von der anderen Seite aber ist gleich hier ins Auge zu fassen, daß das Bedürfniß der Deliberationsfristen, aus dem die pro herede usucapio hervorgegangen war, jetzt, wo dasselbe durch diese nicht mehr befriedigt wurde, mit neuer Kraft wieder hervortreten mußte. Es waren also wiederum andere Institute zu dessen Abhülfe nothwendig, und wenigstens war man jetzt dadurch in einer vortheilhafteren Lage, daß die Erfahrung Belehrung darbot, und man mit einiger Ueberlegung leicht Rechtssätze aufstellen konnte, die den beabsichtigten Zweck besser erfüllten, als der frühere Versuch, welcher von der Gewandtheit der Römer in der Rechtsbildung kein großes Zeugniß giebt.

---

2) Auch aus dieser Art, wie das Institut durch die übereinstimmende Rechtsansicht einer späteren Zeit doch nur theilweise aufgehoben wurde, läßt sich vielleicht abnehmen, daß das Ganze sich nicht bloß auch auf eine Rechtsansicht, sondern wirklich auf eine lex gestützt habe.

3) Von jetzt an konnte sich allmählig die moralische Ueberzeugung bilden, daß es eine improba possessio et usucapio sei (Gai. II. 55); aber juristisch wurde sie erst improba durch die ausdrückliche Aufhebung des Gesetzgebers. Gai. II. 57.

Hiermit sind wir denn auf den Punkt gelangt, von dem aus sich eine richtige Ansicht über den Ursprung der bonorum possessio fassen läßt.

§. 8. Es ist oben angegeben, daß der heres für die sacra eben so gut haften muß, wie ihm auch die Zahlung der Schulden obliegt [1]).

Es darf nicht angenommen werden, daß ihm deßhalb diese Pflicht obgelegen habe, weil die reelle hereditas, das Erbschaftsvermögen, auf ihn gelangt sei. Man kann die sacra nicht als eine dingliche, mit diesem Vermögen verknüpfte Last ansehen, vielmehr sind sie wie die Erbschaftsschulden an die ideelle hereditas gebunden. Derjenige, welcher das Erbrecht erlangt, d. h. der in die Persönlichkeit des Erblassers eingetreten ist, muß für die sacra wie für die Schulden haften, mag er nun wenig oder viel aus dem Erbschaftsvermögen in Besitz bekommen haben. — Der Beweis hiefür liegt wieder in der älteren Gestalt der pro herede usucapio, von der Gaius so ausdrücklich sagt, daß sie um der sacra willen eingeführt sei. Denn wenn im alten Recht die sacra an das Vermögen geknüpft gewesen wären, so hätte man ja schon durch den Besitz der körperlichen Sachen dazu verpflichtet werden müssen, und also gar nicht nöthig gehabt, einen Besitz der ideellen hereditas daneben zu fingiren, um daran deren Usucapion zu knüpfen, und nun erst hieraus die Verpflichtung zu den sacra abzuleiten.

Es kann also der Satz wohl nicht bezweifelt werden, daß,

---

1) Nach dem im § 2 Gesagten haben vielleicht, was die sepulcra familiaria betrifft, die Familienglieder mit dem heres zu den sacra concurrirt. Es kann dies fernerhin von uns außer Acht gelassen werden, da aus dem Obigen jedenfalls erhellt, daß in vielen Fällen der heres gewiß allein, in allen Fällen er aber doch immer wenigstens zum Theil zu den sacra verpflichtet war. Es war also stets das Interesse der Pontifen, den heres zu kennen. Im Folgenden ist nur noch der Grund, aus welchem man den heres für verbunden hielt die sacra zu prästiren, genauer zu bestimmen, woraus sich erst die weitere historische Entwicklung erklären läßt.

so lange die pro herede usucapio in ihrer älteren Gestalt bestand, der heres nur deßhalb, weil er in die Persönlichkeit des Erblassers eintritt, wegen der sacra in Anspruch genommen werden konnte. Jetzt also, als man annahm, daß durch die pro herede usucapio nicht mehr das Erbrecht selbst ersessen werden könne, durften sich offenbar die Pontifen nicht mehr an den halten, der die Erbschaftssachen in Besitz genommen hatte. Es trat daher wiederum das Bedürfniß ein, daß, wenn der wahrhaft berufene heres nicht antreten wollte, andere Personen den Pontifen gegenüberständen. Wäre nun die Rechtsbildung im Kreise des Civilrechts so thätig gewesen, daß man gleich an die Stelle der alten pro herede usucapio ein anderes Institut gesetzt hätte, wodurch im Falle der Säumigkeit des heres ein Anderer als heres ihm succedirte, — so würden damit die Pontifen völlig zufrieden gestellt worden sein. Aber das Civilrecht ging nicht so raschen Schrittes, und dennoch war nach der Religiosität der Römer die Forderung der Pontifen eine so wichtige, daß sie nothwendig einer Sicherung bedurfte.

Es kann daher nicht auffallend erscheinen, daß das Pontifencollegium, welches ja überhaupt auf die Rechtsbildung so großen Einfluß gehabt hat, sich selbst Recht schaffte, daß es Rechtsregeln aufstellte, nach denen künftig die sacra prästirt werden sollten. Freilich konnten sie, was gleich bevorwortet werden muß, nicht einen Rechtssatz aufstellen, welcher dem der pro herede usucapio gleichgestanden hätte, d. h. sie konnten nicht an die Stelle des vom Civilrecht berufenen heres einen Anderen als heres constituiren, und nun hieraus die Pflicht zu den sacra ableiten, sondern sie konnten nur, unabhängig vom Rechte der hereditas, festsetzen: „qui adstringantur sacris", — also das eigentliche Erbrecht konnte von ihnen nicht afficirt werden.

Dies sehen wir denn auch aus der berühmten Stelle des Cicero (de legg. II. 19 u. ff.), in welcher die rechtsbildende Thätigkeit der Pontifen genau beschrieben wird. Auf die Erklärung derselben muß nun noch genauer eingegangen werden [2].

---

2) S. vorzüglich darüber Savigny a. a. O. S. 363—380.

Nachdem Cicero in den schon oben besprochenen Worten gefordert hat, daß die sacra perpetua seien, führt er folgendermaßen fort:

> Hoc uno posito, haec jura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret; iis essent ea adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia venerit.

Also damit nicht Fälle vorkämen, wo mit dem Tode des paterfamilias die sacra untergingen, stellten die Pontifen das Princip auf, daß jetzt diejenigen dafür haften sollten, an welche das Vermögen (pecunia) [3]) des Erblassers gelangte. Offenbar ist dies ein ganz neues Princip, denn nach der bisherigen Regel des Civilrechts, wie sie gewiß schon seit den 12 Tafeln anerkannt war, galt der heres, also wer in die ideelle hereditas eintrat, als dazu verpflichtet. So hebt denn auch Cicero nachher im c. 21. diese Verbindung der sacra mit der reellen hereditas noch ausdrücklich als einen lediglich aus der Autorität der Pontifen entstandenen Satz hervor:

> sacra cum pecunia, pontificum auctoritate, nulla lege, conjuncta sunt.

Hier mußten nun nothwendig, da das Vermögen in verschiedene Hände gerathen konnte, verschiedene Klassen aufgestellt werden, welche successiv, wenn Niemand aus der vorhergehenden Klasse vorhanden war, für die sacra verhaftet sein sollten.

Cicero führt zwei verschiedene Berechnungsarten dieser Klassen an, die ältere, welche nur drei Klassen enthielt, und dann die spätere zu seiner Zeit gebräuchliche, welche vom Pontifex Scaevola aufgestellt worden war.

Betrachten wir zuerst die anfänglich von den Pontifen proponirte:

> — non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant: tribus modis sacris adstringi,

---

3) Schon Savigny a. a. O. Note 3 hebt diesen allgemeinen Sinn des Worts pecunia hervor.

1) hereditate,
2) aut si majorem partem pecuniae capiat,
3) aut si major pars pecuniae legata est, et inde quippiam ceperit.

Den Satz des Civilrechts, daß der heres für die sacra hafte, konnten die Pontifen unmöglich verläugnen, und so mußten sie nothwendig diesem die erste Klasse einräumen. Um so weniger konnten sie dabei ein Bedenken haben, da es auch mit ihrem Principe völlig übereinstimmte. Denn wer die ideelle hereditas hat, dem fällt ja auch die reelle von selbst zu. Es ist also nur das hiebei zu bemerken, daß jetzt verschiedene Gründe der Haftungsverbindlichkeit des heres bestehen. Nach dem Civilrecht haftet er, weil er in die Persönlichkeit des Erblassers eintritt, und nach dem neueren Principe der Pontifen auch deßhalb, weil auf ihn das Vermögen fällt.

Die zweite Klasse bilden nun die pro herede Usucapienten (— si majorem partem pecuniae [usu -] capiat). So lange die pro herede usucapio noch das Erbrecht selbst ertheilte, kann diese Klasse nicht bestanden haben, denn dann waren die Usucapienten selbst heredes, und gehörten schon unter die erste Klasse, bei der ja eine Unterscheidung, in welcher Art die hereditas deferirt werde, sich nicht findet. Und unmöglich dürfen wir doch vermuthen, daß die Pontifen hier zwei Klassen bloß aus theoretischer Genauigkeit unterschieden hätten, da doch praktisch der nach den 12 Tafeln Gerufene und der pro herede Usucapient durchaus auf gleicher Stufe standen, indem sie, gerade als heredes, den sacris adstringirt waren. Offenbar sollen in den verschiedenen auf einander folgenden Klassen die genannten Personen aus verschiedenen Gründen zu den sacris verpflichtet sein. Hier aber würde in beiden Klassen derselbe Grund vorhanden sein, was dem Sinne der Römer nicht angemessen ist, welche unnöthigen Distinctionen nicht eben geneigt waren.

Aber nicht allein eine unnöthige, sondern auch eine unrichtige Unterscheidung würde hier vorliegen, wenn in dieser zweiten Klasse der gemeint wäre, welcher noch die hereditas selbst hätte ersitzen können. Es ist oben gezeigt, daß ja auch

ein nach den 12 Tafeln gerufener Erbe mit einem pro her. Usucapienten concurriren konnte (s. §. 4 am Ende), woraus folgt, daß sie auch zusammen die sacra prästiren mußten. Hier aber ist von zwei Klassen die Rede, die erst eine nach der anderen in Betracht kommen [4]). Jenes Zusammentreffen Beider ist aber eine Folge des Civilrechts, welche abzuändern weder in der Macht noch im Interesse der Pontifen lag.

Damit ist der, wie mir scheint, nicht zweifelhafte Beweis geliefert, daß dieses ganze, wenn ich so sagen darf, successorische Edict der Pontifen erst aufgestellt sein kann, nachdem die zweite Periode der pro herede usucapio bereits begonnen hatte, d. h. nachdem darin nicht mehr eine Ersitzung der hereditas selbst, sondern nur der einzelnen res hereditariae lag. Und dies Resultat wird nun noch durch Folgendes bestätigt.

Die Scala der für die sacra Verhafteten ist, wie Cicero sagt, aus dem Principe aufgebaut, daß Jemand das Erbschaftsvermögen, die pecunia, erlangt haben müsse. Sobald die pro herede usucapio ihre zweite Gestalt annahm, war der Usucapient nach dem Civilrechte nicht mehr den Pontifen verbindlich, da er nicht mehr heres wurde. Es wird Niemand läugnen, daß zu Cicero's Zeit schon diese zweite Periode der pro her. us. bestand, und ebensowenig wird man es in Zweifel ziehen, daß nach jenem Principe der Pontifen auch der Usucapient der res hereditariae zu den sacra gezogen werden mußte. Also gefehlt haben kann er in der Scale der Pontifen unmöglich, und da er eben nicht mehr heres wurde, so kann er auch nicht in der ersten Klasse begriffen sein. Ist es daher anders möglich, als daß er gerade in dieser zweiten Klasse gemeint sei?

---

4) Es ist dies in der Umarbeitung des Scävola ausdrücklich hervorgehoben (Tertio loco, si nemo sit heres, is qui — — usuceperit), ohne daß ein Grund vorläge zu vermuthen, es sei damit etwas Neues aufgestellt.

Somit wird denn auch verständlich, daß nur der für verpflichtet erklärt wird, welcher den größeren Theil des Vermögens usucapirt habe. In der früheren Periode der usucapio kann dieser Satz nicht bestanden haben, indem damals nicht unmittelbar aus der Besitzergreifung von Erbschaftssachen, sondern aus der Erwerbung des Erbrechts die Pflicht zu den sacra abgeleitet wird, man also auch, da allgemein jeder Besitzergreifende die hereditas usucapirte, die aus dem Erbrechte ipso jure folgenden Verbindlichkeiten nicht beschränkt haben kann. (s. §. 4. Note 11.) Dagegen als jetzt die Pontifen den Usucaptor der einzelnen Erbschaftssachen zu den sacra verbindlich machten, war es sehr natürlich, daß sie, um Schwierigkeiten der Berechnung zu vermeiden, sich nur an den Besitzer des größeren Theiles des Vermögens halten zu wollen erklärten.

In derselben Art ist denn auch die dritte Klasse, die der Legatare, bestimmt, welche auch nur in Betracht kommen, wenn sie das Legat wirklich erhalten haben (si inde quippiam ceperit) 5). —

Vergleichen wir nun mit dieser älteren Gestalt des Pontifenrechts die spätere Umarbeitung des Scävola. Es scheint von vorn herein einzuleuchten, daß Scävola für seine Person nicht die Macht hatte, die einmal feststehenden Rechtssätze in materiellen Punkten zu verändern, daß es nur eine wissenschaftliche Bearbeitung sein konnte, die das bereits im bisherigen Rechte Enthaltene durch Distinctionen und Umstellungen nur noch schärfer aussprach, und etwa noch mit dem Civilrechte, das sich seither geändert haben konnte, wieder in Einklang zu bringen suchte. Dies wird sich nun auch bei den einzelnen Fällen durchführen lassen, deren Scävola fünf aufstellt:

— quaeruntur enim qui adstringantur sacris.

1) Heredum causa justissima est, nulla est enim

5) Ceperit ist hier wohl nicht in der Bedeutung von usuceperit zu nehmen.

persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, propius accedat [6]).

2) Deinde, qui morte testamentove ejus tantundem capiat quantum omnes heredes.

3) Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae ejus fuerint, cum moritur, usuceperit plurimum possidendo.

4) Quarto, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus ejus, qui plurimum servet.

5) Extrema illa persona est, ut is, qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, perinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit. Haec nos a Scaevola didicimus.

Das was gewiß zuerst einem Jeden auffällt ist, daß nach Scävola der Legatar die zweite Klasse bildet, während diese Stelle bisher der pro herede Usucapient einnahm, und man erkennt dies noch in Scävolas Umarbeitung wieder, indem seine dritte Klasse sich mit den Worten si nemo sit heres unmittelbar an die erste Klasse anschließt. Der Grund dieser Veränderung ist gewiß der, daß ja Legatare nur vorhanden sind, wenn auch ein heres da ist, daß nun aber beide, sobald nur der Legatar mit den Erben gleich viel erhielt, gemeinschaftlich zu den sacra concurriren mußten. Es ist also diese zweite Klasse gar keine ganz selbständige [7]).

Eine andere Veränderung in Betreff der Legatare bezieht sich auf die Größe des Legates. Bisher forderte man, daß es größer sei als der Antheil der Erben, jetzt nur, daß es ebensoviel betrage. Es ist dies unzweifelhaft aus der lex Voconia zu erklären [8]), welche überhaupt alle Legate über dies Maaß hinaus verbot. — Freilich bezog sich diese lex nur

---

6) Cicero hebt hier ausdrücklich den Grund hervor, aus dem schon nach Civilrecht die sacra prästirt werden mußten. Der heres ist dazu verpflichtet, weil er nicht bloß die pecunia erhält, sondern weil er in die Persönlichkeit des Erblassers eintritt.

7) Dies ist bereits von Savigny S. 367. hervorgehoben.

8) Savigny a. a. O.

auf die in der ersten Klasse censirten Bürger, aber indem nun Scävola danach seine Worte faßt, so war doch damit deren Anwendung auf die Testamente der nicht Censirten nicht ausgeschlossen. — Eine zweite Einwirkung der **lex Voconia** sieht man darin, daß, während die ältere Theorie der Pontifen nur von Legaten spricht, jetzt von allen **mortis causa capiones** die Rede ist [9]).

Dieser Punkt ist äußerst bedeutend, um für die ganze bisher dargestellte Rechtsentwicklung eine wenigstens ungefähre Zeitrechnung zu erlangen. Die **lex Voconia** ist vom Jahr 585, und muß doch später sein als die ältere von den Pontifen aufgestellte Scala. Da auch diese erst erlassen sein kann, seitdem die **pro herede usucapio** nur eine Ersitzung der **res hereditariae** gewährte, so folgt, daß die erste Periode der **pro herede usucapio** zwischen den 12 Tafeln (300) und dem Jahr 585 begonnen und aufgehört haben müsse. —

Abgesehen nun aber von dieser zweiten Klasse bieten die übrigen drei von Scävola aufgestellten mehrfache Schwierigkeiten dar. Wenn wir sie nämlich mit dem älteren Rechte vergleichen, so müssen doch alle drei zusammen dem correspondiren, was bisher allgemein durch die **pro herede usucapio** bezeichnet wurde. Es ließe sich dies aus dem Grunde in Zweifel ziehen, weil ja doch Scävola hier als Pontifex angeführt werde, also nur als Repräsentant und Sprecher des ganzen Pontifencollegiums anzusehen sei, welches gewiß seine früheren Rechtsbestimmungen wieder abändern, also auch jetzt zu der alten Stufenfolge neue Klassen hinzufügen konnte. Danach wäre es überhaupt eine unrichtige Prämisse, daß die drei letzten Klassen des Scävola genau das enthalten müßten, was man bisher ohne weitere Distinctionen mit den Worten: **si majorem partem pecuniae capiat** bezeichnet hatte.

Allein ich zweifle, ob diese Argumentation richtig sei. Einestheils ist davon bei Cicero keine Andeutung zu finden, und

---

9) Gai. II. 226. — postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine m o r t i s v e c a u s a capere liceret, quam heredes caperent.

anderntheils mögte die Ciceronianische Darstellung derselben sogar positiv entgegenstehen. Er stellt beide Eintheilungsarten nebeneinander, unter denen er offenbar die Wahl läßt, und sich selbst mit den Worten „sed pontificem sequamur" zu der des Scävola bekennt, als einer der Sache angemesseneren. Damit ist aber doch ausgeschlossen, daß diese letztere wirklich neues Recht an die Stelle des alten gesetzt habe, denn dann war gar kein Zweifel, daß man ihr folgen müsse.

Dies wird denn auch durch die Rücksicht auf die drei einzelnen Fälle bestätigt. Der erste betrifft den ursprünglichen Begriff der pro herede usucapio, d. h. wo Jemand durch den wahren Besitz einer körperlichen Sache das Eigenthum derselben erlangt [10]). Allein man blieb bei diesem ursprünglichen Begriff nicht stehen, man gestattete auch eine fingirte pro herede usucapio, und als eine solche kündigt sich der dritte Fall selbst an, indem der nicht zahlende Schuldner: „perinde habeatur, quasi eam pecuniam (usu -) ceperit". Ist es nun wohl wahrscheinlich, daß während der erste und letzte dieser drei Fälle die pro herede usucapio betreffen, der mittelste sich auf etwas ganz Anderes bezogen haben soll? —

Aber dabei bleibt doch immer die Schwierigkeit, wie die Worte dieses mittleren Falles positiv zu erklären seien, welche von jeher ein Stein des Anstoßes gewesen sind [11]). Es muß

10) Deshalb ist absichtlich in den Worten qui ..... usuceperit plurimum possidendo — dies Wort possidendo um des Nachdrucks willen ans Ende gestellt.

11) Die Literatur über diese Stelle s. bei Savigny S. 374 Note 23. — Derselbe bemerkt sehr richtig, daß die wortgetreue Uebersetzung der Stelle einen höchst bedenklichen Sinn gebe. Wie können die Römer darauf gekommen sein, zu den sacra den creditor zu verpflichten, welcher von seiner Forderung am meisten rettet, also nur den Zustand seines früheren Vermögens wiederherstellt? — Und auch als wortgetreu kann dieser Sinn nicht einmal gelten, da servare, wenn es retten heißt, nur das bedeutet, was man durch Zurückbehalten vor Untergang bewahrt. Hier aber behält der Creditor nichts zurück, sondern er verschafft sich etwas aus einem fremden Vermögen.

dem Urtheile der Kundigen überlassen bleiben, ob folgende Interpretation passend sei.

Servare heißt behalten, bewahren, zurückhalten, und das servet bildet gerade den Gegensatz von ceperit. Die eigentliche pro herede usucapio geschieht nur durch capere, Ergreifen, Wegnehmen von Erbschaftssachen, wogegen das Zurückbehalten von Erbschaftssachen nur als eine uneigentliche pro herede usucapio aufgefaßt werden kann, welche aber jenem Falle offenbar so nahe steht, daß man sie unbedenklich angenommen haben wird. In der Lage Erbschaftssachen zurückzubehalten, sind aber die Creditoren, denen solche zum Schutz ihrer Forderung als pignora in den Besitz gegeben waren. Dieselben konnten ja von bedeutend höherem Werthe sein, als ihre Forderung, und wenn man doch gewiß die pro herede usucapio dabei noch viel ehr zulassen durfte, als beim nicht zahlenden Schuldner, so ist auch umgekehrt gar kein Grund, weßhalb man nicht den usucapirenden Gläubiger, soweit der Werth der Sachen die Forderung überstieg, den sacris hätte verpflichten sollen.

Die Worte in diesem Sinne zu verstehen, hindert auch nicht, daß doch von pignora oder vom creditor pignoraticius darin gar nicht ausdrücklich die Rede ist. Es kommt unendlich oft in den Quellen der Ausdruck creditor für Pfandgläubiger vor [12]), namentlich wenn es sich aus dem Zusammenhange ergiebt, daß er Sachen des Schuldners in Besitz habe. Und

---

Savigny selbst erklärt die Stelle durch Streichung des „de", — so daß: qui creditoribus ejus plurimum servet den meistbietenden bonorum emtor bedeute, welcher durch sein Meistgebot den Creditoren ja auch das Meiste rettet. — Das Gezwungene dieser Ausdrucksweise fühlt er selbst, vermuthet aber darin eine Beziehung auf alte uns unbekannte Formeln, die beim Concurs gebräuchlich gewesen, und jedem Römer den Satz leicht verständlich gemacht haben mögen. — Nach unserer Erklärung von dem Inhalt der sacra könnte übrigens überhaupt nur von dem Falle die Rede sein, wenn das insolvente Vermögen eines Verstorbenen verkauft wird. — Im Texte ist eine Erklärung versucht, bei der auch die Streichung des de nicht nöthig ist.

12) S. z. B. fr. 19. pr. de damno inf. fr. 30. de noxat. act.

das ist doch hier offenbar der Fall, indem, wie schon bemerkt, das qui ullam rem ceperit, und qui plurimum servet absichtlich einander gegenübergestellt wird.

In dieser Weise hat Scävolas Schema einen vollkommenen logischen Zusammenhang. Man hatte zuerst bei der pro herede usucapio nur von dem gesprochen, der als ein Occupant die Erbschaftssachen ergreift. Erst mit der Zeit mögen sich die noch weiter ausdehnenden Fälle daran geknüpft haben, wo Jemand Sachen des Erblassers bereits in Besitz hat und nun retinirt, oder gar nur seine Schuld, also einen Gegenstand der gar nicht im Eigenthum des Erblassers gestanden hatte, retinirt. So wäre damit auch gerechtfertigt, was von vorn herein so sehr wahrscheinlich erscheint, daß nämlich diese drei Fälle des Scävola ganz an die Stelle dessen getreten sind, was man bisher im Allgemeinen mit: si majorem partem pecuniae capiat bezeichnet hatte.

Fassen wir die dargestellte Rechtsbildung der Pontifen jetzt kurz zusammen, so finden wir, daß nach einem neuen Grundprincipe eine Reihe von Personen den sacris successiv verpflichtet wurden, damit nicht aus der Umgestaltung der pro herede usucapio ein Schaden für die sehr wichtigen religiösen Gebräuche hervorgehe. — Man könnte bei dieser Rechtsbildung noch Eins vermissen. Die früheren Institute der cretio und der alten pro herede usucapio hatten, neben anderen Zwecken, auch diesen, daß die sacra bald geleistet werden sollten. Auch bei ihnen bildet der Satz, daß eine successio von Einer Person auf eine Andere Statt finden solle, den Hauptkern des Institutes, aber es ist daran noch eine bestimmte Frist geknüpft, nach deren Ablauf die successio eintritt, so daß also die cretio und pro herede usucapio wahre Deliberationsfristen enthielten. Dies nun scheint bei den hier besprochenen Regeln der Pontifen nicht der Fall zu sein, und doch war es ihr Interesse, daß nicht bloß sicher (denn das erreichten sie jetzt jedenfalls), sondern daß auch bald ihnen Jemand um der sacra willen gegenüberstände.

Jedenfalls leuchtet es ein, daß die Pontifen nicht Fri-

sten ansetzen konnten, nach deren Ablauf irgend Jemand des Rechtes, das er sich an der Erbschaft beilegt, verlustig gehen solle. Sie wollen ja überhaupt Niemand Erbrecht beilegen, und aus diesem Erbrecht eine Pflicht zu den sacra ableiten, sie lassen dasselbe vielmehr ganz außer Acht, und knüpfen die Last der sacra an den, welchem die pecunia zufällt. Also bei den Klassen, die sie aufstellen, und die auch nur für das Sacralrecht Bedeutung haben, konnte von Deliberationsfristen gar nicht die Rede sein; nur in der Art lassen sich Fristen hier denken: binnen welcher Zeit die Pontifen das Recht gehabt hätten, bei den verschiedenen successiven Klassen von der einen auf die andere überzugehen, so daß die spätere nicht mehr mit dem Vorhandensein einer früheren sich entschuldigen und den sacris entziehen konnte.

Daß nun in der That dergleichen Fristen bestanden haben, läßt sich leicht nachweisen. Was zuerst die (nach Scävolas Eintheilung) zweite Klasse betrifft, so ist oben gezeigt, daß, wenn sie überhaupt vorhanden war, sie mit der ersten zusammen an den sacra participirte. Für beide kann also auch nur dieselbe Frist gelaufen sein. — Ihnen gegenüber stehen die letzten drei Klassen wieder unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte der pro herede usucapio, und darin liegt, daß die Pontifen sich an diese jedenfalls erst nach Ablauf eines Jahres halten konnten. Unter sich aber standen diese drei Klassen nicht in dem Verhältniß, daß die Pontifen erst nach Beendigung einer gewissen Zeit von der einen zur anderen übergehen konnten; denn für eine solche Annahme findet sich weder in der Ciceronianischen Stelle die geringste Andeutung, noch in der Sache selbst ein irgend haltbares Argument. Vielmehr kann es wohl nicht anders gewesen sein, als daß die Pontifen, wenn sich im ersten Jahre ein Erbe anfand, sich an diesen und den allenfalls neben ihm stehenden Legatar hielten, daß sie aber nach Ablauf dieses Jahres sich gleich an den Besitzergreifer, bei dessen Nichtvorhandensein an den Pfandgläubiger, und wenn auch ein solcher nicht da war, an die Erbschaftsschuldner wandten. Es läßt sich auch nicht gut denken, daß diese drei Usucapienten sich damit hätten entschuldigen können, daß jetzt nach Ablauf des Jahres noch ein heres erschienen sei, welcher nun

wenigstens doch an den sacra mit Theil nehmen müsse. Da einmal die Sacralpflicht an das Innehaben der pecunia geknüpft war, und da sie, die Usucapienten, davon jedenfalls den größten Theil in Händen hatten, so lag ihnen auch durchaus die damit verbundene Pflicht ob; und wenn man auch mit Rücksicht auf das frühere Civilrecht den heres vor Allen den sacris abstringirt erachtete, so konnten jene sich denselben doch auf keinen Fall ganz entziehen, vielleicht sogar hat man den heres, da er doch einmal den größten Theil des Vermögens verloren habe, von seiner Verbindlichkeit völlig freigesprochen.

§. 9. Die Pontifen hatten, wie nunmehr gezeigt ist, sich selbst geholfen, seitdem ihnen die spätere Gestalt der pro herede usucapio keinen Schutz für die sacra mehr gewährte; sie hatten dies auf dem Grunde eines Principes gethan, welches lediglich für ihren Zweck brauchbar, zu einer Ausdehnung für das Interesse anderer Personen nicht geeignet war.

So hatte namentlich bisher das Interesse der Erbschaftsgläubiger mit dem der Pontifen gleichgestanden, beide mußten nach der Regel des Civilrechts vom heres gleichmäßig befriedigt werden. Als daher die pro herede usucapio kein Erbrecht mehr ertheilte, hatten die Creditoren ebensowohl wie die Pontifen denjenigen verloren, an den sie sich stets halten konnten, wenn der eigentlich berufene heres sich der Erbschaft nicht annahm. Ebensowenig aber wie das neue an die Stelle tretende Recht der Pontifen für sie paßte, konnte auch von ihnen selbst irgend eine rechtsbildende Thätigkeit, um sich Schutz zu gewähren, ausgehen.

In Rücksicht auf die sacra hatte man sich es gefallen lassen, daß die Verpflichtung zu denselben nicht mehr aus dem Rechte des Erbeseins, der ideellen hereditas, sondern aus dem Innehaben des Vermögens, also der reellen hereditas abgeleitet werde, aber für die Bezahlung der Schulden konnte man dies unmöglich zugeben. Die sacra waren an die sepulcra geknüpft, bei diesen aber konnte man, als bei einer körperlichen Sache, kein Bedenken an einer Uebertragbarkeit derselben von einer Person auf eine andere finden. Bei Forderungen und Schulden aber war der allgemeine Satz, daß,

wenn sie überhaupt dieselben bleiben sollen, eine Uebertragung in eine andere Hand unmöglich sei. Eben deßhalb nahm man, um den heres in Forderungen und Schulden eintreten lassen zu können, ihn gar nicht als eine andere Person, sondern als Fortführer der Persönlichkeit des Erblassers an.

Darin liegt aber auch, daß es nicht möglich war, eine andere Person auszudenken, an die sich die Erbschaftsgläubiger in Ermangelung des eigentlichen heres hätten halten können. Wenn ihnen Schutz gewährt werden sollte, so mußte es ein Institut sein, das, ebenso wie die alte pro herede usucapio, im Falle der Säumigkeit des wahren heres einen Anderen, gerade in der Eigenschaft eines heres, in dessen Stelle succediren ließ. —

Indessen war dies Interesse der Creditoren keineswegs das Einzige, was eines besseren Schutzes und einer umsichtigeren Organisirung des positiven Rechtes bedurfte. Es ist oben (§. 2.) bereits hervorgehoben worden, wie aus dem Mangel von Deliberationsfristen und einer nach deren Verlauf eintretenden successio der folgenden Klasse der große Uebelstand hervor ging, daß überhaupt für diese folgenden Klassen nur ein höchst unsicherer Erbschaftserwerb möglich war. Allerdings wurde dem bereits durch die cretio und die pro herede usucapio halb und halb abgeholfen, indem jetzt doch der Testator mit Hülfe der auf die cretio gebauten Substitutionen mehre Klassen successive zur Erbschaft rufen, und auch wenn er dies unterlassen hatte, eine spätere Intestatklasse mit Hülfe der pro herede usucapio zur Erbschaft gelangen konnte (s. §. 7. im Anfange). Aber ich habe bereits bemerkt, wie diese Succession einer späteren Klasse in das Recht des voranstehenden, aber hinweggefallenen heres doch noch gar nichts Sicheres war, indem den späteren Klassen kein direct verfolgbares Recht der successio zustand, sondern sie vielmehr von dem zufälligen Factum der Besitzergreifung der Erbschaftssachen abhingen, worin ihnen jeder Dritte zuvorkommen konnte.

War also dies schon an und für sich ein höchst mangelhaftes Recht, so wurde dasselbe nun gar mit dem Beginn der zweiten Periode der pro herede usucapio ganz aufgehoben,

indem freilich eine spätere Klasse das Eigenthum der in Besitz genommenen Erbschaftssachen erlangen, nie aber eine eigentliche successio d. h. ein völliges Eintreten in das Recht des zuerst Berufenen in Anspruch nehmen konnte. Und es ist doch so äußerst billig, daß wenn einer früheren Klasse die Erbschaft vergeblich deferirt worden ist, dies ebenso angesehen werden müsse, als sei sie von Anfang an nicht vorhanden gewesen, daß also die spätere Klasse eintreten müsse, als wenn ihr gleich anfänglich die Erbschaft deferirt worden wäre. —

Aus diesen Gründen muß oft der Fall vorgekommen sein, daß wenn der Testator durch Substitutionen nicht vorgebaut hatte, das Vermögen erblos wurde, auch wenn noch aus den civilrechtlichen Erbklassen genug Personen vorhanden waren, welchegern die Erbschaft erworben hätten. Es fragt sich, was nun die Creditoren gethan haben werden, die ganz schutzlos dastanden? Sie werden sich factisch selbst geholfen, und sich aus den bona vacantia bezahlt gemacht haben, auf welche in dieser Zeit ein Recht des Aerarium noch nicht bestand [1]). Dabei bildete sich ein gewisses vom Prätor geleitetes Verfahren, über welches endlich vom Prätor Rutilius bestimmte Regeln ins Edict aufgenommen wurden (ums Jahr 649.) [2]), wobei wir übrigens, wie schon mehrfach bemerkt worden ist [3]), vermuthen dürfen, daß dies Verfahren bereits geraume Zeit vor Aufnahme ins Edict in Gebrauch gewesen sei.

Diese Besitznahme der Güter mußte schon deßhalb verhaßt sein, weil dadurch der gute Name des Verstorbenen afficirt wurde, und wenn man bedenkt, wie nahe es lag, den angegebenen Uebelständen entgegenzutreten, kann es wahrlich nicht in Erstaunen setzen, wenn wir das helfende Rechtsinstitut nun in der That ins Leben eingeführt finden. —

§. 10. Die beiden im vorigen § dargestellten Rechtsmän-

1) Es ist dies erst durch die lex Iulia und Papia aufgekommen. Ulp. XXVIII. 7.

2) Gai. IV. 35.

3) Puggé im Rhein. Mus. II. 90. Bayer Concurs-Proc. S. 17.

gel sind der Art, daß die Abhülfe des einen zugleich auch die des anderen enthält. Man wollte nämlich ein Institut, welches sicher und bald den Creditoren den **heres** gegenüberstellte. Man wollte aber auch dem civilrechtlichen Satze entgegentreten, daß unter den verschiedenen **ordines** keine **successio** sei, um das Vacantwerden der **bona** zu verhindern.

Beide Punkte ließen sich durch eine umsichtigere Fortbildung des schon in der **cretio** und **pro herede usucapio** liegenden Gedankens sehr leicht erreichen. Aber ehe wir fragen, **wie** das neu einzuführende Rechtsinstitut gestaltet sein mußte, ist nach der Quelle zu forschen, aus der dasselbe am besten hervorgehen konnte. Die Sache zum Gegenstande einer **lex** zu machen, wie dies vielleicht bei der **pro herede usucapio** der Fall gewesen war, lag nicht sehr nahe, da überhaupt die Römer bei rein privatrechtlichen Gegenständen karg mit Gesetzen waren. Und gerade die **pro herede usucapio** sehen wir noch lange in ihrer zweiten Gestalt fortbestehen, worin sie doch den Zweck, um dessentwillen sie eingeführt war, gar nicht mehr erfüllte. Wenn man nun durch eine **lex** den anfänglichen Gedanken der **pro herede usucapio** fortgebildet hätte, so würde es nicht zu erklären sein, weßhalb man nicht sogleich die jetzt zwecklose **pro herede usucapio** aufgehoben haben sollte. Endlich aber geht daraus, daß wir die Pontifen um der **sacra** willen sich selbst Recht schaffen sehen, hervor, daß man auch nicht an ein Einschreiten der Gesetzgebung zum Schutze der Creditoren dachte, weil dann zugleich dem Interesse der Pontifen Genüge geleistet worden wäre.

Noch weniger aber, wie an eine **lex**, darf man daran denken, daß hier ein gewohnheitsrechtliches Institut wie die **cretio** habe entstehen können. Etwas das sich durch den Willen der Testatoren feststellen ließ, konnte allerdings Gegenstand des Gewohnheitsrechtes werden. Dagegen ist hier von einem Institute die Rede, welches auch hauptsächlich für die Intestaterbfolge Wirkungen haben sollte, und da nun die Erbprätendenten und die Creditoren von ganz verschiedenen Interessen geleitet wurden, so war die zur Bildung eines Rechtssatzes nöthige Volksübereinstimmung von selbst nicht wohl zu erreichen. Es mußte der Impuls von Seiten eines Oberen hin-

zukommen, welcher den verschiedenartigen Interessen mit gehöriger Umsicht den rechten Platz anweisen konnte. Und das ist bei den Römern der Prätor.

Dem Prätor also lag es ob, eine der cretio und pro herede usucapio ähnliche Rechtsregel einzuführen, wodurch dem heres eine Deliberationsfrist gesetzt würde, nach deren unbenutztem Ablauf ein Anderer in dessen Stelle succediren könnte, eine Rechtsregel, die einestheils nicht wie die cretio auf eine Art der Succession beschränkt, und anderntheils nicht dem Tadel unterworfen sein durfte, welchem die pro herede usucapio in ihrer älteren Gestalt ausgesetzt war.

Hiernach läßt sich die Rechtsänderung, welche die Umstände dringend genug forderen mogten, in folgende Punkte fassen.

1) der Prätor mußte mit Anberaumung gewisser Deliberationsfristen eine Succession unter allen ordines des Civilrechts einführen,

2) er mußte vor Allem durch Darbietung von Vortheilen den vom Civilrecht selbst gerufenen heres zur Antretung der Erbschaft innerhalb der ihm dargebotenen Frist zu bewegen suchen; war dagegen diese Frist abgelaufen, so mußte er den folgenden ordo zur Erbschaft rufen, um den säumigen heres namentlich den Creditoren gegenüber zu repräsentiren.

3) Indessen konnte diesem Successor doch nur ein solches Recht ertheilt werden, daß, sobald der wahre heres noch vorhanden war, er das seinige immer noch gegen jenen geltend machen durfte.

Durch diese Sätze war offenbar den Mängeln der alten pro herede usucapio ausgewichen. Sie hatte jeden beliebigen drittn zur Erbschaft gerufen, während nun die successio den späteren ordines des Civilrechtes angeboten wurde, welche doch, sobald der wahre heres sich nicht meldete, nach Billigkeitsgrundsätzen die meisten Ansprüche auf die Erbschaft hatten. Ferner ward jetzt eine zu große Dissipation des Vermögens vermieden, welche bei der pro herede usucapio so leicht entstehen konnte. Endlich aber war ein Punkt erreicht worden, der sich aus der beschränkten Macht des Prätors von selbst ergiebt,

und einen großen Vorzug vor der pro herede usucapio enthält. Wenn nämlich der Prätor eine successio einführte, so konnte er damit unmöglich dem civilen heres sein Erbrecht ganz entziehen, vielmehr mußte dieser noch immer gegen den successor die hereditatis petitio anstellen können. Also durch den Ablauf der Deliberationsfrist und das Eintreten des successor war jetzt ebenso wie bei der pro herede usucapio Jemand gefunden, der den Creditoren gegenüberstand, ohne daß doch, was sehr hart erscheinen mußte, dem säumigen heres sein Erbrecht völlig genommen wäre.

Was hiermit nur hypothetisch als der Inhalt einer vom Prätor vorzunehmenden Rechtsänderung hingestellt ist, das finden wir wirklich bei den Römern eingeführt, und wir können darin den Ursprung der gesammten bonorum possessio erkennen, eines Institutes, das nach und nach auf alle Theile des Erbrechtes einen so wesentlichen Einfluß ausgeübt hat, und um dessentwillen gerade hier diese ganze Voruntersuchung angestellt worden ist. Die Beweise, aus denen sich dieser Ursprung ergiebt, müssen jetzt sogleich zur Prüfung vorgelegt werden.

§. 11. — I. Wir finden in dem vollkommen ausgebildeten System der bonorum possessio einen eigenen Abschnitt, das successorium edictum genannt, [1]) wodurch gewisse Deliberationsfristen eingeführt worden waren [2]), in denen successiv den verschiedenen ordines des Civilrechts die Erbschaft angeboten wird. Des Civilrechts sage ich, denn in dem Begriff des successorium edictum liegt nur, daß unter den bestehenden Erbklassen eine gewisse Reihenfolge Statt finden solle, von einer Aufstellung neuer Prätorischer ordines ist darin noch nichts angedeutet. Letztere muß viel-

1) Tit. Dig. XXXVIII. 9.

2) fr. 1. §. 12. in fine. eod. — si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt. —

mehr noch besondere Veranlassungsgründe gehabt haben, und es ist möglich, daß dieselben in eine spätere Zeit fallen, als in welcher das successorium edictum eingeführt wurde. Alsdann aber mußte es sich anfangs lediglich auf die civilrechtlichen Klassen beziehen, mithin bloß eine Abänderung des civilrechtlichen Satzes, daß unter ihnen keine successio statt finde, bezwecken.

Wenn also die Möglichkeit fest steht, daß es ein successorium edictum gab, ehe noch vom Prätor neue Erbklassen eingeführt waren, so ist doch aber von der anderen Seite sein Bestehen nicht ohne die Annahme folgender Sätze denkbar:

Das Civilrecht ruft immer nur eine Klasse der heredes. Wenn aus der früheren Jemand vorhanden ist, so kann Niemand aus der folgenden Ansprüche auf die Erbschaft machen, er kann gar nicht heres genannt werden. Ja vielleicht läßt sich dieser Satz, wie später noch genauer untersucht werden wird, auch ganz allgemein für den Fall annehmen, wenn selbst der früher Berufene durch Tod oder Verzicht wieder hinweggefallen war. Indem jetzt der Prätor auch beim Vorhandensein eines Anderen früher Gerufenen eine successio eintreten läßt, so kann er den successor nie zum heres machen, und dadurch jenem sein Erbrecht entziehen. Aber da er doch Jemanden haben will, der gegen dritte Personen den wahren Erben repräsentire, so mußte er ihn nothwendig als heres fingiren. Durch diese Fiction, dergleichen ja der Prätor so häufig sehr passend anwandte, sehen wir auch hier auf die natürlichste Weise den Zweck erreicht, daß die Erbschaft als ein Ganzes sicher und bald an die rechten Personen gelangte. Denn hielt der wahre heres selbst die Deliberationsfrist ein, so fiel Fiction und Wirklichkeit zusammen, und um dies in der That zu erreichen, mußten ihm Vortheile geboten werden, welche alsbald ausführlicher zu besprechen sind. Ließ aber der heres die Frist verstreichen, so fingirte der Prätor den Folgenden als den heres, d. i. er gab ihm die factische Herrschaft über die Erbschaft (bonorum possessio), und die Macht damit als Erbe zu schalten, also die Erbschaftssachen einzufordern, die Schulden zu tilgen, und die Schuldner aus-

zuklagen. Gab es ein wirksames Mittel den wahren **heres**, falls er überhaupt wollte, zur Geltendmachung seines Rechtes, das ihm noch immer nicht entzogen war, zu treiben, so war es dies. Unterblieb aber, sei es aus welchem Grunde, diese Einforderung, so befand sich die Erbschaft in Händen derer, welchen man sie offenbar am ersten gönnen mußte, und es war ein Vacantwerden der **bona** verhindert.

Diese Sätze folgen, wie ich nicht anders einsehen kann, mit Nothwendigkeit, aus dem fingirten Erbrechte des **bonorum possessor**, diese Fiction aber folgt wieder unzweideutig aus der Aufstellung eines **successorium edictum**. — Sobald man nun die Richtigkeit dieser Argumentation zugiebt, so ist damit auch, wie leicht einzusehen, der Beweis geliefert, daß das **successorium edictum** den Ursprung der **bonorum possessio** in sich faßt. Denn die eben aufgestellten Sätze enthalten, wie aus der weiteren Darstellung dieses Buches hervorleuchten wird, den Kern des gesammten Systems der **bonorum possessio**. Wenn nun aber das **successorium edictum** mit Allem, was es nothwendig in sich begreift, zugleich das Institut ist, welches von allen Römischen Rechtsinstituten allein geeignet ist, den Rechtsmängeln abzuhelfen, welche nach unserer bisherigen Darstellung das ältere Recht enthielt, und deren Abhülfe ein dringendes Bedürfniß war, so muß es doch wohl zur Abstellung dieser Mängel eingeführt sein, und so die ganze **b. p.**, deren Kern in ihm enthalten ist, hervorgerufen haben. Wogegen die übrigen Theile der **b. p.**, welche noch andere, im **successorium edictum** nicht liegende Veranlassungsgründe voraussetzen, dann nur als s p ä t e r e Zusätze zu dem schon außerdem bestehenden Institute aufgefaßt werden können. —

Es ist nicht unwichtig diese Art der Beweisführung sogleich im Allgemeinen mit denen zu vergleichen, welche bisher in so großer Anzahl über den Ursprung der **b. p.** geliefert worden sind.

Ich glaube aus den Quellenzeugnissen und der Natur der Verhältnisse nachgewiesen zu haben, daß es ein Bedürfniß der damaligen Zeit war, für den aus den 12 Tafeln berufenen nächsten Erben, nach einer bestimmten Deliberationsfrist, eine

successio zu haben, indem das eine zu diesem Zwecke eingeführte Rechtsinstitut in zu enge Gränzen eingeschlossen, das andere allgemeinere, wegen seiner unjuristischen Grundlage wieder hinweggefallen war. Der Begriff des successorium edictum genügt völlig diesem Bedürfniß, und weil ich aus dem succ. ed. die ganze bon. poss. glaube entwickeln zu können, so setze ich in dasselbe auch den historischen Ursprung des Ganzen.

Dieselbe Art der Beweisführung liegt nun auch allen anderen Ansichten über die Entstehung der bon. poss. zum Grunde. Directe Quellenzeugnisse konnten zum Beweise derselben nicht geltend gemacht werden, so wurde denn für die älteren Zeiten ein Mangel des Civilrechts, von dem wir nicht direct wissen, wie ihm abgeholfen sei, es wurde ein Satz der b. p. gesucht, der geeignet war, diesem Mangel abzuhelfen, und es wurde dann versucht aus diesem Satze das ganze Institut der b. p. abzuleiten, so daß er auch historisch als dessen Anfangspunkt gelten könne.

Gegen die Art dieses durch eine Combination geführten Beweises ist an sich durchaus Nichts einzuwenden; aber die Güte der einzelnen Durchführung derselben hängt natürlich von der Deduction jener voraufgegangenen Mängel, und von der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit ab, wie aus der Abstellung solcher Mängel sich die ganze b. p. entwickeln konnte.

§. 12. — II. Es stehen unserer Ansicht indeß noch andere Argumente zur Seite, als ein aus der inneren Natur der Verhältnisse abgeleiteter Combinationsbeweis. Vor Allem scheint mir folgende Betrachtung von nicht geringem Gewichte:

Es ist auch aus anderen Theilen des Römischen Rechtes zu ersehen, besonders aber im Erbrechte gar nicht zu verkennen, daß der Prätor, wie ja auch ganz natürlich war, streng am bestehenden jus civile festhielt. Nur wo eine offenbare Härte sich herausstellte, suchte er durch eine geringe Veränderung schon bestehender Rechtssätze die juris scrupulositas zu entfernen, und so sind alle von ihm ausgehenden bedeutenden

Rechtsänderungen nur schrittweise vor sich gegangen. Indem dies Verfahren, das mit Nothwendigkeit aus den Gränzen der prätorischen Amtsbefugnisse folgt, die Garantie war: daß das Römische Recht in einer so durch und durch vollendeten Weise fortgebildet wurde, ist es auch unsere Pflicht, wenn wir dem Gange der Römischen Rechtsentwicklung nachspüren, und uns stets auf sicherem Boden befinden wollen, jenes Princip, das der Prätor stets befolgte, nie aus den Augen zu lassen.

Hiernach scheint mir z. B. der Gedanke, die b. p. sei eingeführt, um Personen, die bisher noch gar kein Erbrecht hatten (wie die Cognaten), ein solches zu verleihen, in sich selbst unwahrscheinlich [1]). Es war Nichts vorhanden was mit dieser Rechtsänderung so nahe in Verbindung stand, daß sie daran auf eine leichte Weise angeknüpft werden konnte, indem die Behauptung, als sei die b. p. Nichts als die Verleihung einer **pro herede usucapio** gewesen, sich nicht wohl rechtfertigen läßt. Der Prätor würde ja hier eine **pro herede usucapio** eingeführt haben, welche begönne, nachdem doch nothwendig den Civilerben Fristen gesetzt und abgelaufen wären, also zu einer Zeit, wo die civilrechtliche **usucapio pro herede** eines jeden Dritten schon erreicht sein mußte, jene also ihren Zweck verfehlte. Außerdem aber scheint es mir nicht denkbar, wie sich aus dieser bloßen Verleihung der Usucapionsbefugniß auch in noch so langer Zeit die Gestalt der **bonorum possessio**, wie sie später doch unzweifelhaft ist, habe entwickeln können, worin eine gleich vom Anfange ihrer Ertheilung an geltende **fictio heredis** lag. Denn diese Fiction enthält, wie noch ausführlicher gezeigt werden wird, keineswegs den Character einer vollendeten Usucapion, so daß man sie etwa mit der **Publiciana actio** in eine Reihe stellen könnte.

Bei unserer Ansicht dagegen sehen wir auf eine ganz auffallende Art, wie der Prätor an bereits geltende Rechtssätze seine nothwendige Neuerung anknüpfte. Dem Mangel einer

1) Es muß später von dieser Savignyschen Ansicht — (Zeitschrift f. gesch. R. W. V. S. 14. ff.) noch ausführlicher die Rede sein.

nach Ablauf der Deliberationsfrist eintretenden successio war durch die hunderttägige Cretionsfrist und durch die aus der pro her. us. hervorgehende Jahresfrist einstweilen abgeholfen worden. Jetzt wo an der Stelle der pro herede usucapio ein anderes auch das Gebiet der cretio umfassendes allgemeines Rechtsinstitut nöthig wurde, finden wir in dem successorium edictum dieselben Fristen von hundert Tagen und einem Jahre wieder [2]). Freilich nicht in allen Punkten mit den Bedingungen jener Fristen übereinstimmend, denn darin lagen auch gerade die Mängel. Vielmehr kehrte der Prätor es um; während vorher nur ein Theil der testamentarischen Erben unter der Frist von 100 Tagen gestanden, die übrigen durch das Usucapionsjahr beschränkt waren, gab er nun bloß den parentibus et liberis die jährige Zeit, den Uebrigen, alle Testamentserben mit inbegriffen, nur die 100 Tage [3]).

Sollten wir aber diese, durch die angegebenen Verschiedenheiten keineswegs geschwächte Uebereinstimmung in den Fristen einem merkwürdigen Zufall zuschreiben? Oder sollen wir nicht vielmehr sagen, daß der Prätor, indem er die Mängel des bisherigen Civilrechtes verbessern wollte, gerade an diesem Punkte seine Rechtsänderungen anknüpfte? Daß eben diese Fristbestimmung mit der damit vereinten successio das ursprüngliche Institut war, aus dem sich das ganze System der b. p. entwickelt hat? — Wer die b. p. aus einem ganz anderen Principe herleitet, etwa aus der Verleihung einer bloßen pro herede usucapio, und sich das successorium edictum vielleicht erst später hinzugekommen denkt, der kann und darf sich jenes merkwürdige Zusammentreffen doch immer nur als Zufall oder etwa als kleinliche Nachahmung civilrechtlicher Normen, aus der aber gar kein innerer Zusammenhang folge, erklären. Aber auf bloße Spielereien sich einzulassen, war nicht des Prätors Sache.

2) Schon die Titelüberschrift des Theodosianischen Codex IV. 1, de cretione vel bonorum possessione deutet auf den Zusammenhang beider Institute, und vielleicht hat dieser Titel ursprünglich nicht bloß eine einzige Stelle enthalten.

3) fr. 1. §. 8—16. de succ. edicto.

III. Hieran knüpft sich ein anderer nicht minder wichtiger Punkt, der sich aus einer genaueren Zusammenhaltung der cretio zur bon. poss. ergiebt.

Savigny hat mit gewohntem Scharfsinn darauf aufmerksam gemacht, daß die Berechnung des utile tempus eine verschiedene ist bei der Klagverjährung und bei der bonorum possessio [4]). Bei jener werde nur darauf gesehen, ob Jemand experiundi potestatem habe, also bloß auf die äußeren Hindernisse, welche der Klaganstellung entgegenstehen [5]). Dagegen auf das innere Hinderniß, das bloße Nichtwissen, daß eine actio nata sei, wird gar nicht in der Art gesehen, daß es für utile tempus von Bedeutung wäre, also daß diese Zeit des nescire gleich von der laufenden Frist abgerechnet würde. Dagegen steht bei der bonorum possessio das nescire dem non posse gleich [6]).

Savigny erklärt diesen Unterschied aus dem allgemeinen Grunde, daß „wer über sein Klagrecht unwissend sei, in der Regel dem Vorwurf der Nachlässigkeit unterliege, anstatt daß Keiner den Beruf habe, den Erbschaften nachzuspüren, die ihm etwa zufallen mögten". Allein es ist die Frage, ob dieser Erklärungsgrund hinreiche, um die so ganz allgemeine Unterscheidung zu rechtfertigen. Denn, wie Savigny selbst (durch die Worte: in der Regel) zugiebt, lassen sich doch leicht Fälle denken, in denen Jemand ohne alle Nachlässigkeit nichts von seinem Klagrechte weiß, und umgekehrt scheint mir die Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger so wichtig, daß dagegen je-

---

4) System. IV. S. 434 ff.

5) fr. 1. de divers. temp. praescr.

6) fr. 2. pr. quis ordo. — Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint; scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Ceterum quacumque die nescierit aut non potuerit nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. — Ganz so schroff, wie es von Savigny geschieht, darf indeß der Unterschied doch nicht aufgestellt werden, indem Fälle vorkommen, in denen auch das nescire unter das experiundi potestatem non habere gestellt wird. fr. 6. de calumniator. — Indeß kann hierauf nicht weiter eingegangen werden. S. Puchta Pand. (2 Ausg.) §. 76. Note d.

ner Sittlichkeitsgrundsatz, Niemand dürfe nach Erbschaften spüren, leicht in den Schatten treten konnte. Daher glaube ich, obgleich jener Grund keineswegs ganz geleugnet werden soll, daß er doch nicht Kraft genug gehabt hätte, den ganzen Unterschied bei der Berechnung des utile tempus allein hervorzurufen.

Dagegen bietet sich aus dem angegebenen Ursprunge der bonorum possessio ein historischer Erklärungsgrund dar, welcher eben die Richtigkeit dieses Ursprunges in klares Licht zu stellen scheint. Die cretio hatte sich durch die Gewohnheit so gestaltet, daß die meisten Testatoren den heres folgendermaßen einsetzten:

> Titius heres esto, cernitoque in diebus proximis centum, quibus scies poterisque [7]).

Eben weil diese Formel die gewöhnlichste war, wurde sie die vulgaris cretio genannt; und indem nun der Prätor ein Institut einführte, welches auch das Gebiet der cretio umfassen sollte, indem er von ihr die hunderttägige Frist entlehnte, kann es uns Wunder nehmen, daß er auch die Eigenthümlichkeit der Fristberechnung recipirte, welche indeß auf Klagverjährung in dieser Weise auszudehnen, gar kein Grund vorhanden war. Oder sollte auch diese Uebereinstimmung ein merkwürdiger Zufall sein? —

Ferner aber scheint die aufgestellte Ansicht vom Ursprunge der bon. poss. geeignet, die Räthsel zu lösen, welche uns die Geschichte der cretio darbietet [8]), und dadurch muß wiederum jene einen neuen Halt gewinnen.

Hugo's ungetrübter Blick bemerkt bei der cretio folgende Schwierigkeiten, welche ich nicht besser als mit seinen eignen Worten wiedergeben kann:

> „Irgend etwas Besonderes muß aber noch bei der cre-
> „tio gewesen sein, was wir nicht mehr wissen. Warum
> „kam sie in dem vierten Zeitraume ab, und zwar ehe
> „das Inventarium sie einiger Maßen unnöthig machte? —

7) Ulp. XXII. 33. Gai. II. 165.
8) S. oben §. 3 am Ende.

„Warum hätten die Römischen Testirer sich damals „die Mühe gegeben, zu bestimmen, in welcher Zeit der „heres sich erklären sollte, da dies doch in der Folge „nicht mehr geschah, und auch bei uns nicht mehr ge„schieht, wenn der Testamente gleich nicht wenigere sind? „Daß der bloße, bei uns schon dem Rechte nach Statt „findende Zwang sich zu erklären, etwa auch das In„ventarium, es geändert habe, ist doch nicht wahrschein„lich.

Es ist nicht meine Sache zu entscheiden, ob die Antwort, die ich auf diese Fragen zu geben vermag, genügend sei. Da die cretio vom Willen der Testatoren abhing, also nicht einmal für die ganze testamentarische Erbfolge eine Deliberationsfrist gewährte, so war die pro herede usucapio wohl absichtlich so ganz allgemein gefaßt worden, damit in jedem Falle, auch wenn der Testator nichts darüber angeordnet hatte, für die testamentarische Succession eine Deliberationsfrist eintrete. Indem jetzt das successorium edictum den Platz ausfüllen sollte, der durch Aufhebung der pro herede usucapio in ihrer älteren Gestalt leer geworden war, mußte es nothwendig auch zur cretio in dasselbe Verhältniß treten, als die pro her. us. gestanden hatte; d. h. es mußte allgemein für die testamentarische Erbfolge anordnen, was bisher nur im Willen der Testatoren gelegen hatte. Der Prätor konnte diesen Satz noch viel sachgemäßer durchführen, als durch die pro herede usucapio geschehen war, recipirte also die Cretionsfrist ganz und gar auch über die testamentarische Erbfolge hinaus, und ließ nur für parentes et liberi, die Jahresfrist der pro herede usucapio bestehen.

Indem nun also schon dem Prätorischen Edikte gemäß die Deliberationsfrist lief, so war dadurch die besondere Anordnung der Cretion in gewiß sehr vielen Fällen unnöthig geworden. Aber erhalten mußte sich das Institut doch noch immer, um Substitutionen vornehmen zu können [9]), und um ganz sicher den Erben in eine Deliberationsfrist zu zwängen,

9) Unter diesem Gesichtspunkte wird es hauptsächlich von Gaius und

welcher ja sonst die Agnition der b. p. hätte vermeiden können, und dann doch für die civilrechtliche Antretung der hereditas in keine Zeit eingeschränkt war. — Aber in der Kaiserzeit verlor sich der Satz, daß eine Substitution nur durch Anordnung einer cretio möglich sei, namentlich da schon seit Marcus der cum cretione Instituirte auch durch bloße pro herede gestio den Substituten ausschließen konnte[10]). So kam eine viel freiere Form der Substitution auf, wie sie Modestin in fr. 1. §. 1. de vulg. et pup. subst. vorträgt. Und auch der andere Fall, in dem man von der cretio noch neben der bonorum poss. Gebrauch machte, mußte sich verlieren, als in der späteren Kaiserzeit die Agnition der b. p. sich immer mehr der civilrechtlichen Erbantretung näherte, also auch nicht mehr davon die Rede sein konnte, daß ein Berufener der b. p. auszuweichen, und sich auf sein Civilrecht zu beschränken Grund gehabt hätte.

Freilich können diese Punkte hier noch nicht weitert erörtert werden, aber das wird wenigstens aus dem Gesagten hervorleuchten, daß die Geschichte der cretio sich an die der bonorum possessio knüpfe, und daß jemehr die Letztere an Umfang gewann, jene ebensoviel verlieren mußte, bis sie zuletzt völlig unterging. Daraus werden wir auch schließen dürfen, daß die b. p. schon in ihrem Ursprunge mit der cretio in Zusammenhang gestanden habe.

§. 13. — IV. Einen ferneren Beweis für die aufgestellte Ansicht, daß das successorium edictum den Ursprung der b. p. enthält, finde ich in dem Ausdrucke selbst. Derselbe ist von den Juristen aufgebracht worden, aber in ihm ist schon ausgedrückt, daß die Rechtsregel, welche damit bezeichnet wird, nicht erst durch Schlußfolgerungen der Juristen aus anderen Bestimmungen des Edictes abgeleitet sein kann. Vielmehr da sie selbst edictum genannt wird, muß sie einen eigenen Abschnitt, ein eigenes Capitel des ganzen Edictes ausgemacht

---

Ulpian aufgefaßt, welche die Substitution gleich bei der Cretion abhandeln.

10) Ulp. XXII. 34. — cf. Gaius II. 177. —

haben. So finden wir in allen anderen Fällen mit dem Worte **edictum** nur Rechtsregeln bezeichnet, welche, wenn sie auch mit anderen Theilen des ganzen Edicts zusammenhängen, doch in sich etwas Selbständiges, so zu sagen, eine eigene Lehre bilden, wie **Carbonianum edictum**, **edictum de conjungendis etc.** Danach kann ich nicht glauben, daß wenn die **bonorum possessio** aus einem Principe eingeführt wäre (z. B. um den Cognaten Erbrecht zu verleihen), wobei sich nur als ein Nebenpunkt die Bestimmung gefunden hätte, daß diese Cognaten erst nach den Civilerben rangiren sollten, daß hier dieser Nebenpunkt ein eigenes **edictum** genannt worden wäre. Er würde so nothwendig aus dem Hauptpunkte, welcher in der That den Ursprung der **b. p.** enthielte, folgen, daß eine Hervorhebung desselben als einer selbständigen Lehre gar keinen Sinn hätte.

Wenn also mit dem Ausdrucke: **successorium edictum** die Annahme nicht zu vereinigen ist, daß dasselbe als Nebenpunkt *zugleich* mit der eigentlichen historischen Grundlage der **b. p.** eingeführt wäre, so läßt sich noch weniger möglich denken, daß es erst *später* als ein selbständiges Institut zu der *schon bestehenden* **b. p.** hinzugekommen sei. Allerdings wird gerade ein solcher späterer besonderer Zusatz vorzugsweise **edictum** genannt; aber das **successorium edictum** enthält eine Rechtsregel, von der es einleuchtet, daß ihre Einführung eine völlige Revolution in der bisher etwa schon bestehenden **b. p.** hätte hervorbringen müssen, daß das früher vorhandene Institut etwas ganz Anderes gewesen wäre, als was es durch das Hinzukommen des **succ. ed.** wurde. Denn dieses greift in alle Theile der **b. p.** ein, und deren Hauptsätze sind nothwendig durch dasselbe bedingt. So hat denn auch jeder Beweis, der den späteren Ursprung des **succ ed.** voraussetzte, an der Schwierigkeit scheitern müssen, eine Brücke über jene Kluft zu bauen, welche zwischen dem, was man als früher Bestehendes vermuthete, und dem, was nachher bestand, in der Mitte liegt, und die doch überschritten werden muß, da sich jenes in dieses umgebildet haben soll [1]).

---

1) Dies gilt namentlich von der Fabricius'schen Ansicht, welcher noth-

Wenn nun aber das successorium edictum nicht Theil der bonorum posessio sein kann, welche doch einen anderen Ursprung gehabt hätte, so bleibt nichts übrig, als daß es selbst der Anfangspunkt der bonorum possessio gewesen sein müsse.

Dieses Resultat wird auffallend dadurch bestätigt, daß wir in unseren Quellen den Ausdruck successorium edictum ganz augenscheinlich in dem weiteren Sinne gebraucht finden, daß dadurch nicht bloß die Feststellung einer successio nach Ablauf gewisser Fristen, sondern das ganze, sich auf das Prätorische Erbrecht beziehende Edict, also die gesammte bonorum possessio bezeichnet wird. Namentlich gehört hieher Ulpian fr. XXVIII. 12:

> Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio Praetoris.

Fabricius, der Einzige, bei dem ich dies bemerkt finde, aber ohne daß er Belegstellen anführt, vermuthet daraus, daß dies vielleicht „die alte ächtrömische Bedeutung gewesen sein möge.“ 2) Er scheint dies, wenn man ihm nicht einen schneidenden Widerspruch gegen seine eigene Ansicht vom Ursprunge der b. p. Schuld geben will, so zu verstehen, als wenn succcess. ed. anfangs nur das Edict bedeutet habe, wonach überhaupt Jemand durch den Prätor berechtigt worden sei, den Nachlaß eines Verstorbenen an sich zu nehmen, also diesem Verstorbenen (wenn auch nur für die Dauer des Erbschaftsstreites) zu succediren. Erst später als der Prätor die Regel aufgestellt habe, daß Jemand auch in die Stelle eines berufenen aber weggefallenen heres succediren könne, sei dann die engere Bedeutung von successorium edictum aufgekommen, wie sie offenbar in der Ueberschrift des Digestentitels 38, 9. oder in fr. 1. §. 3. de juris et fact. ign. (22. 6.) genommen ist.

---

wendig das spätere Hinzukommen des successorium edictum annehmen mußte. S. dessen „Ursprung und Entwicklung der b. p.“ S. 60.

2) A. a. O. S. 68 Note 87.

Allerdings kommt der Ausdruck successor und successio sehr häufig in dem Sinne des Eintretens in das Recht eines Verstorbenen vor [3]). An und für sich könnte also successorium edictum wohl das Edict bedeuten, wodurch dies Eintreten gewährt wird. Aber daß die Römer es so genommen haben, ist doch durchaus nicht wahrscheinlich, ja es kann wie ich glaube mit gutem Gewissen bestimmt abgeleugnet werden. Denn in diesem Sinne ist es auch in der angeführten Stelle Ulpians nicht genommen. Derselbe nennt die ganze b. p. nur deßhalb successorium edictum, weil sie verschiedene aufeinander folgende Erbklassen enthält, und er will gerade das Recht dieser folgenden Klassen darstellen, welche, ohne heredes zu sein, (qui heredes non sunt) in deren Platz succediren (sed heredis loco constituuntur).

Wenn also wohl keine Stelle angeführt werden kann, welche auf die Bedeutung leitete, welche Fabricius vermuthet haben muß, so läßt sich der allgemeinere Sinn, der aus Ulpians Worten nicht wegzuleugnen ist [4]), nur so erklären, daß er mit der hier aufgestellten Ansicht über den Ursprung der b. p. übereinstimmt. Die Aufhebung des Satzes: in legitimis hereditatibus nulla successio est, enthält kurz gesagt die ursprüngliche Gestalt der p. b. Aber diese Aufhebung konnte nichts bloß Negatives sein, es liegen darin, wenn sie etwas bedeuten soll, auch eine Reihe von positiven Sätzen, welche im §. 11. bereits angedeutet sind, und deren Erörterung den weiteren Inhalt dieses ersten Buches bilden wird. Bei-

3) So wird ja die hereditas gerade durch successio in universum jus quod defunctus habuit definirt. fr. 62. de R. J. Das „heres ceterique successores wird Manchem meiner Leser genugsam bekannt sein. cf. z. B. fr. 63. §. 2. pro socio. fr. 14. §. 16. de religios. fr. 31. §. 2. eod. fr. 20. §. 13. de her. pet.

4) Hi quibus ex successorio edicto bon. poss. datur kann doch nur heißen: „diejenigen welche nach den Erforderniſſen der einzelnen Klassen des Edictes die b. p. erhalten". Es sind also alle im Edict aufgestellten Erforderniſſe gemeint. Ulpian hätte auch sagen können: ex edicto de bonorum possessionibus proposito, wenn er zweimal die Worte: bonorum possessio hätte wiederholen wollen.

des, das Negative und das Positive, ist durchaus unzertrennlich. Wollte man aber das ganze Prätorische Institut mit einem kurzen Namen benennen, so konnte man denselben von seiner negativen Seite hernehmen, und das geschah durch den Ausdruck successorium edictum, oder von seiner positiven, welche sich sehr einfach durch hereditatis oder bonorum possessio bezeichnen ließ.

Freilich hat das Institut mit der Zeit vieles Andere aufgenommen, was gar nicht mehr aus seinem ursprünglichen Principe folgt, so daß also jetzt ein bedeutender Unterschied sich bildete zwischen dem gesammten positiven Inhalt, und der negativen anfänglichen Bedeutung des Instituts, und danach entstand denn auch derselbe bedeutende Unterschied zwischen den Ausdrücken bonorum possessio und successorium edictum. Aber wenn man nun gleich gewöhnlich den ganzen Inbegriff der positiven Sätze mit bonorum possessio bezeichnete, ist es zu verwundern, daß wir dafür auch noch später bisweilen das Wort successorium edictum gebraucht finden, obgleich nicht mehr wie früher alle Theile der bonorum possessio darunter paßten, und man es daher in der Regel als einen engeren Begriff der bon. possessio entgegensetzte, oder vielmehr es als Theil dieser letzteren auffaßte?

Ich mögte sagen, daß es im Gegentheil zu verwundern wäre, wenn diese weitere Bedeutung von successorium edictum, die das Zeugniß der historischen Entwicklung ist, sich nicht vorfände. —

Noch muß hier ein Punkt erwähnt werden, woraus man vielleicht ein Argument gegen unsere Ansicht ableiten könnte. Wenn das successorium ed. der historische Anfangspunkt der b. p. war, warum steht es nicht in den Digesten, die ja hier ganz der Ordnung der Bücher ad edictum folgen, vornan? — Aber die bereits angegebenen Gründe widerlegen auch diesen Einwurf. Die einzelnen Klassen des successorium edictum gewannen nach und nach für sich selbst einen solchen Umfang und solche Ausbildung, ja sogar es kamen aus anderen Veranlassungen ganz neue Klassen auf, daß man für ein jedes einzelne ein eigenes Capitel machen mußte, und natürlich das sie Alle gemeinsam Betreffende, das Bindemittel des Ganzen

erst verstehen konnte, nachdem die einzelnen Punkte bereits feststanden. So rückte in den wissenschaftlichen Darstellungen, die ja überdem sich auf die von Salvius Julianus getroffene Ordnung des Edictes stützen, das successorium edictum an das Ende des Ganzen, welches erst von ihm ausgegangen war.

§. 14. — V. Die Untersuchung ist jetzt so weit vorgerückt, um die Quellenaussprüche selbst in Betracht zu ziehen, aus denen die ganze bisher erörterte Ansicht geschöpft, und mit Rücksicht auf welche die Darstellung von vorn herein abgefaßt worden ist.

Daß die Römischen Juristen nicht nach dem Ursprunge eines so unendlich wichtigen Institutes wie die b. p. war, gefragt haben sollten, ist gänzlich undenkbar, und ebenso wenig dürfen wir einen Zweifel darein setzen, daß sie auf diese auch noch die richtige Antwort gewußt haben werden. Justinian aber hat so viel Historisches in die Pandekten aufgenommen, wie sich gerade aus dem 37 und 38 Buche beweist, daß wenn man überhaupt mit einiger Ueberlegung bei der Compilation zu Werke ging, man auch eine historische Notiz über den Ursprung des Institutes aufnehmen mußte, zumal da Justinian so gern den Schein eines antiquitatis contemtor vermeiden will [1]).

Nun finden wir in der That folgende bisher lange nicht genug beachtete Erzählung Ulpians in fr. 1. pr. de succ. ed.: Successorium edictum idcirco propositum est,

1) ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent.

2) et creditoribus longior mora fieret.

Hier sind also zwei Zwecke für die Einführung des successorium edictum angegeben; die Aufstellung eines dominus der Erbschaftsgüter (natürlich eines fingirten) und die Befriedigung der Gläubiger durch diesen.

Vergleichen wir hiermit sogleich eine andere Stelle dessel-

1) l. 22. §. 13. C. de jure deliber.

den Ulpian, fr. 1. de b. p., worin Alles das angegeben wird, was man durch Agnition einer jeden b. p. erlangt:

> Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit; nam haec omnia bonis sunt conjuncta. (fr. 2. parenthesenartig aus der Ediktsreihe eingeschoben) In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur. — Worauf dann in fr. 3. Ulpians unmittelbar mit fr. 1. zusammenhängende Worte folgen. —

Diese Stelle, welche den Anfang der ganzen Lehre bildet, ist häufig ganz erstaunlich mißverstanden worden. Wenn wir aber ohne vorgefaßte Meinung die Worte lediglich übersetzen, so ist darin, so viel ich einsehen kann, Folgendes gesagt:

> der bonorum possessor tritt ein in die Erbschaftsforderungen (commoda hereditaria) und in die Erbschaftsschulden (incommoda), so wie er auch das Eigenthum der in der Erbschaft enthaltenen körperlichen Sachen erhält.

Fabricius (a. a. O. S. 45. Note 54.) meint, es unterliege wohl keinem Zweifel, daß das Wort dominium interpolirt sei, während Ulpian possessionem geschrieben habe. Umgekehrt halte ich keine Interpolation größeren Zweifeln unterworfen. Er verweist auf Ulpians Titel XXVIII. §. 12 u. 13, und Gai. III. 32 und IV. 34. Darin aber heißt es, daß der bonorum possessor nicht wirklicher, sondern fictus heres, loco heredis ist, daß wenn er in rem klagt, er nicht intendiren kann: rem meam esse sondern: si Titii heres essem, tum si fundum ex jure Quiritium meum esse oporteret, daß er also fingirter dominus ex jure Quiritium ist. In jenem fr. 1. de b. p. steht nun freilich nicht, daß die b. p. bloß ein fingirtes dominium ertheile, sondern es ist ganz allgemein von dominium die Rede, aber daß Ulpian doch nur an ein fingirtes denke, war entweder aus dem Vorhergehenden des Ulpian zu ersehen, oder wenn wir annehmen dies sei der Anfang von Ulpians Commentar über die b. p., so geht es doch noch immer ganz unzweifelhaft aus der Stelle selbst hervor. Denn die

erwähnten commoda et incommoda hereditaria bezeichnen offenbar im Gegensatz zu den körperlichen Erbschaftssachen den ganzen Complex der persönlichen Klagen, in welche der bonorum possessor als Kläger und Beklagter eintritt, und für diese wissen wir ja auch ganz entschieden, daß es nur fictitiae actiones waren [2]). Dennoch aber spricht ihm Ulpian ganz allgemein diese commoda und incommoda zu, ohne zu erwähnen, daß er doch nur fingirter Inhaber derselben sei, weil dies eine so bekannte Sache war, daß Ulpian sicher sein konnte, auch ohne deren Erwähnung nicht mißverstanden zu werden. Was aber von den persönlichen Klagen d. h. den unkörperlichen Sachen gilt, das muß Ulpian auch ebenso von den diesen entgegengesetzten körperlichen Sachen gemeint haben, deren vollkommen gleichmäßige Behandlung so deutlich aus Gai. IV. 34. erhellt. Also ebensogut wie der bonorum possessor activ und passiv der fingirte Inhaber oder Herr [3]) der unkörperlichen Erbschaftssachen wird, so wird er auch der fingirte dominus der Erbschaftssachen, und so muß denn auch Ulpian nothwendig das Wort: dominium geschrieben haben. Fabricius bürdet ihm eine völlige Ungereimtheit auf, indem er sagen soll:

> Bon. poss. ist die Befugniß zu den comm. et inc. her., und zur possessio der in der Masse befindlichen Sachen; denn dies Alles liegt im Begriffe der bona.

Also die possessio selbst ist schon Theil der bona, mithin ist bon. poss. nicht gleichbedeutend mit: Besitz der Güter, sondern für „bonorum possessio" kann auch bloß „bona" gesetzt werden, denn in den bona ist schon die „possessio" enthalten! —

Wenn hiernach das fr. 1. schon für sich selbst nicht das geringste Bedenken hätte erregen sollen [4]), so ist es noch we-

---

2) Gai. IV. 34 am Ende.

3) Uns fehlt ein Wort, um im Allgemeinen das vollkommene Betheiligtsein an einer Obligation zu bezeichnen. Deßhalb hört man so oft vom „Eigenthum an einer Forderung" sprechen.

4) Auch Cujacius in den Paratitla z. d. Tit. findet in dem Worte do-

niger die Schuld der Compilatoren, daß man diese Stelle mißverstanden hat. Sie sahen ein, daß, was Ulpian als sich von selbst verstehend voraussetzt, doch zu ihrer Zeit weniger bekannt sein konnte, und eben deßhalb schoben sie das fr. 2. ein, um zu zeigen, daß dies Eintreten in das ganze Erbschaftsvermögen, nur vice oder loco heredis geschah, m. a. W. daß es nur ein fingirtes war. Kann man eine größere Deutlichkeit verlangen?

Kehren wir zu der Vergleichung des fr. 1. de b. p. mit dem fr. 1. de succ. ed. zurück. Ich glaube es wird Jedermann gleich auf den ersten Blick einleuchten, und daher kaum eines Beweises bedürfen, daß es durchaus Ein und dasselbe ist, was Ulpian in der einen Stelle überhaupt als Inhalt einer jeden bon. poss., und was er in der anderen als Zweck der Einführung des successorium edictum angiebt. Es sollte, sagt Ulpian, ein dominus der bona dasein d. i. nach seiner eigenen Erklärung ein Herr der körperlichen Erbschaftssachen und ein Subjekt für die commoda und incommoda hereditaria. Daß in der That Ulpian auch hier den Ausdruck bona hereditaria in demselben weiten Sinne wie im fr. 1. de b. p. nimmt, wird gewiß Niemand bezweifeln, da er selbst sagt, es sei dies die gewöhnliche Bedeutung [5]), und da im fr. 1. de succ. ed. ausdrücklich hinzugefügt wird, es werde ein dominus der bona constituirt, damit sie nicht als vacantia dem Fiscus zufielen. Dieser Anfall an den Fiscus ist aber bekanntermaßen eine Universalsuccession, d. h. es gehen die bona nicht bloß als Inbegriff der activa sondern auch der passiva auf ihn über. Mithin muß Ulpian auch gleich im Anfang unter den bona hereditaria nicht bloß die res hereditariae sondern auch die commoda und incommoda verstanden haben.

---

minium Schwierigkeiten, aus denen er sich nur durch die Erklärung: „dominium possessionis non proprietatis" zu retten vermag.

5) fr. 3. pr. de b. p. — Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt, universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque rei commodum et incommodum.

Daraus folgt aber, daß hier das Wort **dominus** ebenfalls in einem weiteren Sinne genommen ist, indem derselbe nicht bloß Eigenthümer der Erbschaftssachen, sondern auch Inhaber der Forderungen und Schulden wird [6]). — Und ebenso folgt, daß Ulpian in den Worten: **et creditoribus longior mora fieret**, gar nichts Neues, sondern Etwas anführt, was bereits **implicite** in dem Satze: **ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent** enthalten ist, was er aber noch ausdrücklich daraus ableitet, weil gerade diese Rücksicht auf die Creditoren der vorzüglich dringende Grund zur Einführung des **successorium edictum** gewesen war.

Wir können hiernach die Stelle folgendermaßen übersetzen:

Das **successorium edictum** ist eingeführt worden, damit ein Herr des gesammten Erbschaftsvermögens vorhanden sei, also:

1) überhaupt das Vacantwerden der **bona** (**ne vacua sint**) verhindert werde, und
2) namentlich den Creditoren eine zu belangende Person gegenüberstände.

Die Gedanken, welche Ulpian in diese kurzen und doch deutlichen Worte zusammendrängt, sind demnach von zweierlei Art; er giebt gleich den Hauptpunkt an, welcher in der Aufstellung des **successorium edictum** enthalten ist, nämlich die Constituirung eines **dominus** der **bona**, und zweitens giebt er die Gründe an, aus denen dies geschehen ist, deren wiederum zwei sind: die Verhinderung der **bona vacantia** und das Interesse der Creditoren. Daraus daß Ulpian diesen letzteren Grund noch besonders abtrennt, sehen wir, daß er mit jenem ersteren hauptsächlich noch auf etwas Anderes hindeutet, und dies kann nichts Anderes sein, als daß der Prätor gewissen Personen lieber die Erbschaft zuwenden wollte, ehe sie vacant würde. —

Wenn das Gesagte richtig ist, so können wir nun auch

---

6) Es paßt hier auch für die Lateinische Sprache das oben in Note 3 Bemerkte.

durch Combination des fr. 1. de succ. ed. und fr. 1. de b. p. folgenden Schluß ziehen:

Das succ. ed. enthält die Constituirung eines dominus der bona, nichts Anderes enthält aber auch die bonorum possessio. Wenn nun aber dieser dominus aufgestellt ist, um das Vacantwerden zu verhindern und die Creditoren zu befriedigen, so liegt darin, daß überhaupt die ganze bonorum possessio wegen dieser Zwecke und durch Einführung des successorium edictum entstanden ist.

Und damit ist denn unsere obige Ansicht bewiesen.

---

§. 15. Dieser Beweis mag vielleicht Manchem, auch wenn im Einzelnen Nichts dagegen einzuwenden ist, deßhalb nicht behagen, weil darin zu großes Gewicht auf jedes einzelne Wort gelegt sei, was möglicherweise gar nicht einmal von Ulpian, als er die Stelle niederschrieb, so genau überdacht worden wäre. Aber ein solcher Einwurf ist hier nicht am Orte, weil Ulpian selbst seine Worte wohl noch nicht ausführlich genug gefunden haben muß, indem er gleich einen weiteren Commentar hinzufügt, aus welchem sich denn unsere obige Zergliederung der Gedanken vollkommen rechtfertigt.

Er fährt in fr. 1. de succ. ed. folgendermaßen fort:

A. E re igitur Praetor putavit

1) praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit,

2) et dare inter eos successionem,

B. ut maturius possint creditores scire, utrum habeant cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncti.

Zuerst fällt es auf, daß in diesem Satze wieder die zwei Fragen getrennt sind, welche wir bereits in den vorhergehenden Worten bemerkt, und hier durch Römische Buchstaben angedeutet haben, nämlich was der eigentliche Inhalt des successorium edictum sei, und was der äußere Zweck, den damit

der Prätor erreichen wollte. Beide Punkte müssen noch genauer in Betracht gezogen werden.

A. Das was im Voraufgehenden nur kurz durch die doppelte Negation (**ne — sine domino**) angedeutet war, nämlich die Berufung eines **dominus bonorum**, beschreibt jetzt Ulpian weitläuftiger. Es sei dies dadurch geschehen, daß Deliberationsfristen für die einzelnen Klassen, und eine **successio** der einen auf die andere angeordnet wären; also gerade das, was oben als der Inhalt der in der damaligen Zeit nothwendigen Rechtsänderung dargestellt wurde.

Es ist aber wohl zu bemerken, wie hiebei der **bonorum possessio** selbst Erwähnung geschieht. Ulpian sagt:

„der Prätor führte Fristen ein für die, welchen er die „**bonorum possessio** gab (**detulit**)

er sagt nicht: „welchen er die **bonorum possessio** gegeben hatte“ (**detulerat**), so daß man sich das Ertheilen der **bonorum possessio** nicht als etwas Früheres denken kann, welches dann erst später in gewisse Fristen eingeschlossen worden wäre, sondern indem er gewisse Fristen einführte, ertheilte er überhaupt erst eine **bonorum possessio**. Die Worte haben also denselben Sinn, als wenn es hieße: **e re Praetor putavit, praestituto tempore deferre bonorum possessionem.** Damit aber sind wir wieder zu demselben Resultate wie im vorigen § gelangt, indem dort der **dominus**, welcher erst durch das **successorium ed.** geschaffen wird, gerade auch der **bonorum possessor** ist, dessen Beschränkung in eine Zeitfrist auch bereits durch die Worte: „**diutius**“ und „**longior mora**“ angedeutet wurde. —

Dagegen enthalten die Worte: **et dare inter eos successionem** etwas Neues, was Ulpian im Vorhergehenden noch nicht erwähnt hatte, was er offenbar jetzt hinzufügt, um den Namen **successorium edictum** zu erklären. Freilich sagt er hier nicht deutlich, auf was für Klassen sich diese Einführung der **successio** bezogen habe, ob bloß auf die civilrechtlichen oder auch auf neue erst von ihm eingeführte, denn das „**eos**“ ist ebenso unsicher, als das „**his, quibus**“, auf welche dadurch verwiesen wird. — Aber da Ulpian es überhaupt als einen so hervorstechenden Theil der Prätorischen Rechtsänderung

aufstellt, daß man eine Succession der Klassen anerkannt habe, so kann sich dies doch nur auf das Civilrecht beziehen, welchem dieselbe fremd war, während, wenn das successorium edictum gleich die Aufstellung neuer Prätorischer Klassen enthalten hätte, Ulpian dies als das Hauptsächliche hervorheben mußte, wogegen die bloße Anordnung einer successio unter denselben sehr in den Hintergrund zu verweisen war.

Ueberdem ist schon bemerkt, daß die baldige Aufstellung eines dominus um der Creditoren willen der vorherrschende Veranlassungsgrund des Edictes war. Ulpian redet absichtlich nicht bloß von einem fingirten dominus, sondern auch von dem wahren heres. Denn wenn man diesen zur Einhaltung der Frist bewegen konnte, so war das doch offenbar das Beste; nur wo dies nicht möglich war, sollte dann ein Anderer in seine Stelle succediten und fingirter dominus sein. Darin aber liegt, daß man nothwendig die civilrechtlichen ordines im successorium edictum voran stellen mußte, um dem wahren heres überhaupt die Erlangung der bon. poss. möglich zu machen; und wenn wir davon Ausnahmen finden, so werden wir dies von vorn herein für spätere Zusätze erklären dürfen, denen eine ganz andere Veranlassung, als das Interesse der Creditoren, zum Grunde liegen mußte. Ebenso auch ist gleich auf den ersten Blick nicht sehr wahrscheinlich, daß der Prätor alsbald bei der ersten Einführung des successorium edictum schon neue ordines hinter den civilrechtlichen angeknüpft habe, wenn man nur den Gang der Römischen Rechtsentwicklung in Betracht zieht, der stets ein allmähliger mit der Zeit fortschreitender war. Die Einführung der successio unter den civilrechtlichen ordines ist der Schritt, der nothwendig vorangegangen sein muß, aber es muß auch wohl eine nicht kurze Zeit verflossen sein, ehe man den zweiten Schritt that, und die successio auf neue vom Prätor erdachte ordines ausdehnte. —

Diese Sätze, welche hier nur aus den allgemeinsten Gründen angedeutet sind, welche aber wie ich hoffe an ihrem Orte vollkommen bewiesen werden können, mußten bei den Römern vorzugsweise bekannt sein, während der Ursprung der b. p. aus dem Interesse der Creditoren zu Ulpians Zeit leichter ver-

wischt sein konnte. Deßhalb deutet derselbe, indem er bloß die Einführung einer successio erwähnt, damit nur indirect an, daß anfangs das successor. ed. keine neue Erbklassen enthielt. Und er läßt sich auch nicht weiter darauf ein, das Interesse hervorzuheben, welches schon ganz selbstständig darin liegen mußte, den späteren ordines des Civilrechts beim Wegfallen der früheren zur Erbschaft zu verhelfen, da dies ein innerer Grund ist, den ein Jeder, sobald er überhaupt den Inhalt des succ. ed. erfährt, sogleich vermuthen wird, während der Impuls, den die Erbschaftsgläubiger gegeben hatten, mehr außerhalb des Gesichtskreises liegt, und deßhalb, weil er historisch doch das Wichtigste gewesen war, nun auch von Ulpian ganz vorzüglich ins Auge gefaßt wird.

B. Die Art indessen, wie Ulpian dies Interesse der Creditoren darstellt, könnte uns überhaupt zweifelhaft machen, ob seine Worte zu irgend einem historischen Beweise brauchbar seien. Er sagt, der Zweck des Prätors sei gewesen, daß die Creditoren frühzeitig wissen sollten;

1) ob ihnen Jemand wahrhaft als Erbe gegenüberstände,

2) oder ob die Güter dem Fiscus zugefallen wären,

3) oder endlich, ob sie zu einer possessio bonorum schreiten mußten.

Koch [1]) hat in der That auf diese Worte fußend, eine Ansicht über den Ursprung der b. p. aufgestellt, wie sie nicht unhistorischer gedacht werden kann. Da erst durch die lex Julia de bonis vacantibus dem Aerar ein Anspruch auf die erblosen Güter zugestanden wurde, so müßte, wenn die b. p. eingeführt wäre, um denselben wieder mehr in den Hintergrund zu drängen, die b. p. später als die lex Julia sein!

Und daß sogar die b. p. bereits früher bestanden habe, als die vom Prätor Rutilius eingeführte bonorum venditio,

---

1) Bonorum possessio. Literarisches Testament, nebst Commentar, Codicill u. Revision — (1799) S. 39 ff. „Das Prätorische Successionssystem war im Grunde nur zum Nachtheil der Nation oder des Souverains und dessen Staatskasse, oder nachher des Fiscus, und zum wahren Vortheil der Bürger entstanden und geformt.“

(s. oben §. 9. am Ende) hat, wie später noch genauer gezeigt werden wird, die überwiegenden Gründe für sich. Es bleibt also, wenn wir dem Ulpian nicht denselben Fehler Schuld geben wollen, den Koch gemacht, nichts Anderes übrig, als anzunehmen, daß Ulpian hier gar nicht bloß den historischen Veranlassungsgrund des successorium edictum habe angeben wollen, sondern auch außerdem die Zwecke, welche es zu seiner Zeit in der practischen Anwendung erfüllte. Aber diese Annahme scheint auch so natürlich, daß wir ihr wohl ohne alles Bedenken beitreten dürfen, und also die historische Beweiskraft unserer Stelle dadurch nicht vermindert wird. In den oben erörterten Anfangsworten erwähnt Ulpian nur, daß die bona nicht vacua oder vacantia sein sollten, und die Creditoren nicht länger hingehalten würden. Von einem Rechte des Fiskus [2]) und der Creditoren auf eine missio ist noch nicht die Rede. Ulpian sagt nur, man habe einen dominus der bona den Creditoren gegenüber haben wollen. Diese Constituirung eines dominus sei, so fährt er dann fort, durch Anordnung von Deliberationsfristen und einer successio geschehen. Aber die Angabe des Zweckes, welche nun folgt, hat, wie wohl zu bemerken ist, eine ganz andere Gestalt als vorher. Dort hatte er im Conjunctiv des Imperfectum gesprochen (jacerent, fieret), jetzt redet er im Präsens, also er will den Zweck, den das success. ed. zu seiner Zeit hatte, angeben. Das, was er voranstellt (utrum habeant, cum quo congrediantur) ist offenbar dasselbe wie: ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, et creditoribus longior mora fieret. Durch die Wiederholung im Präsens soll nur angedeutet werden, daß der ursprüngliche Zweck auch noch fortwährend gültig sei, aber darum will der Jurist auch nicht unterlassen, das Verhältniß zu bestimmen, in welchem das Institut der b. p. zu den später entstandenen Rechten des Fiskus und der Eröffnung eines Concurses stehe.

Somit scheint mir diese Stelle die vollkommene Bestäti-

---

2) Absichtlich scheint Ulpian das Wort vacua und nicht vacantia zu gebrauchen, um den Gedanken an das Recht des Fiscus auszuschließen.

gung meiner obigen Ansicht über den Ursprung der b. p. zu gewähren. Es bleibt nur noch übrig, das Gesagte mit den im §. 13 aufgestellten Sätzen zusammenzuhalten, indem dadurch Beides eine gegenseitige Stütze erhält. Es ist dort nachgewiesen, daß Ulpian das Wort **successorium edictum** in einem weiteren Sinn, als den Inbegriff des ganzen Ediktes über die b. p., gebraucht habe. Von vorn herein geht daraus schon die Möglichkeit hervor, daß derselbe Ulpian dies Wort auch hier im fr. 1. de success. ed. in dem nämlichen weiteren Sinne nehme. Und damit wäre dann ganz direct der Ursprung der b. p. bewiesen. Aber wir dürfen noch weiter gehen; indem wir es nicht allein als möglich, sondern als gewiß annehmen können, daß hier dem Ausdrucke succ. ed. die weitere Bedeutung zum Grunde liege. Denn wir haben nachgewiesen, daß Ulpian als Einführungsgrund des succ. ed. dasselbe aufstellt, was er in fr. 1. de b. p. auch als Inhalt der b. p. annimmt, und so müssen wir also das fr. 1. de succ. ed. so verstehen, als wenn es hieße:

> **Bonorum possesio idcirco introducta est, ne bona hereditaria, vacua sine domino diutius jacerent etc.**

§. 16. Das fr. 1. de succ. ed. ist übrigens nicht der einzige Quellenausspruch, der uns über den Ursprung der b. p. Aufschluß giebt. Auch in den Institutionen wird uns Einiges davon erzählt, und wenn wir gleich im Ganzen auf die historischen Untersuchungen der Compilatoren nicht viel geben können, so dürfen wir doch wohl annehmen, daß die Verfasser der Institutionen sich bei einem so hochwichtigen Rechtstheile, wie die b. p., über ihren Ursprung bei einem alten Juristen werden Raths erholt haben. Freilich können wir bei ihnen nicht vermuthen, daß sie es für wichtig genug gehalten hätten, die Angaben der früheren Schriftsteller völlig getreu wiederzugeben. Vielmehr dürfen in solchen historischen Sachen die Institutionen nur als ein Echo gelten, welches vom gerufenen Worte höchstens einzelne Silben, und meist auch nur die letzten ganz verständlich wiedergiebt. So kann es uns nicht wundern, daß die Institutionen auch meistens bloß die spätere Ge-

stalt der b. p. vor Augen haben, aber vielleicht ist es möglich, da wir jetzt bereits sichere Anhaltspunkte gefunden, auch das Vorangegangene im Echo wieder zu erkennen.

Der Institutionentitel de bonorum possessionibus fängt folgendermaßen an:

> Jus bonorum possessionis introductum est a Praetore emendandi veteris juris gratia.

Es ist sehr die Frage, ob wir hierin bloß ein Urtheil der Compilatoren erblicken dürfen, oder ob es nicht vielmehr bloß ein Satz ist, den sie aus einem früheren Juristen ausgeschrieben haben [1]). Die Art wie überhaupt die Institutionen zusammengesetzt sind, scheint uns die Regel an die Hand zu geben, daß wir stets dies Letztere präsumiren müssen, wo sich nicht [2]) entschieden das Gegentheil aus der Darstellung selbst ergiebt. Mit der von uns aufgestellten Ansicht aber stimmen diese Worte vollkommen überein, da in der Einführung einer successio unter den civilrechtlichen ordines offenbar eine Emendation des älteren Rechtes liegt. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß Justinian gleich im Folgenden von den neuen Intestatklassen rede [3]), welche der Prätor aufstellte, daß er also gerade darein den Ursprung der b. p. lege. Er kann dies nicht meinen, weil er daran gleich das dem postumus alienus ertheilte Recht knüpft, und wenn man jene Schlußfolgerung annehmen wollte, so müßte man zugleich auch diese dem alienus post. zugesagte Hülfe als Einführungsgrund der b. p. gelten lassen, was doch gewiß Niemandem einfallen wird. Vielmehr ist der Gedankengang der, daß der Gesichtspunkt, aus dem die Entstehung des Institutes aufzufassen sei, kurz und ohne weitere Erklärung vorangestellt wird, worauf dann gleich die einzelnen Bestandtheile, welche das gesammte System zur Zeit seiner Vollendung enthielt, nicht nach der

---

1) Francke muß dies freilich leugnen, indem er S. 97. des Notherbenrechts sagt: „Eingeführt ist ursprünglich die ganze b. p. keineswegs emendandi juris civilis gratia.“

2) Wie z. B. im §. 2 u. 3. J. de testam. ordin.

3) Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus etc.

Zeitfolge, sondern nach ihrem inneren Character angegeben werden sollen, jenachdem sie emendandi, impugnandi oder confirmandi jur. civ. gratia proponirt waren. Sehr natürlich knüpft daher Justinian an die Bemerkung über den Ursprung der b. p. gleich die Haupttheile an, welche auch aus dem Gesichtspunkte der Emendation hervorgegangen waren. Offenbar aber will er damit nicht sagen, daß gerade in ihnen dieser Ursprung zu finden sei.

Diese Erörterung der einzelnen Haupttheile der b. p. wird dann bis zum §. 8 fortgeführt; und erst hier der in den ersten kurzen Worten angefangene Faden der Erzählung wieder aufgenommen:

> Quum igitur plures species successionum Praetor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, et in unaquaque specie successionis saepe plures existent dispari gradu personae, — ne actiones creditorum differentur, sed haberent, quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit.

Freilich ist diese Stelle, ganz für sich allein betrachtet, nicht geeignet einen richtigen Begriff über den Ursprung der b. p. zu bilden, aber wenn wir denselben schon aus anderen Beweisen geschöpft haben, so läßt er sich denn auch hier, namentlich durch die Vergleichung mit fr. 1. de succ. ed., ganz entschieden herauskennen. Auch hier kann Justinian nicht bloß die neu vom Prätor eingeführten ordines im Auge gehabt haben, was man allenfalls aus den Anfangsworten: quum plures species . . . . . introduxisset schließen mögte, sondern es müssen alle 7 vorher aufgezählten Klassen gemeint sein, also gleichmäßig die confirmandi, emendandi und corrigendi j. c. gr. proponirten, weil gerade die gleich erwähnte successio ordinum, („easque per ordinem disposuisset") offenbar auf alle Theile der b. p. bezogen werden soll. Es hat also den Sinn, als wenn gesagt wäre: quas memoratas species successionum Praetor per ordinem disposuit [4]).

---

4) Sehr sonderbar gefaßt sind die folgenden Worte, womit die succes-

Noch einen anderen Zweifelsgrund bieten indeß die Worte durch die Eigenthümlichkeit der Construction, indem das Verbum des Vordersatzes im Plusquamperfectum (quum introduxisset), das des Nachsatzes dagegen im Perfectum steht (praefinivit). Daraus könnte geschlossen werden, daß die verschiedenen species successionum bereits bestanden hätten, als dann später noch die Deliberationsfristen hinzugekommen wären. Aber diese Interpretation ist deßhalb undenkbar, weil Justinian auch das Aufeinanderfolgen der ordines im Plusquamperfectum erwähnt, und dieses doch ohne eine Ansetzung von Fristen gar nicht Statt finden konnte. Wir dürfen es also wohl nur auf Rechnung der schlechteren Latinität setzen, daß wir nicht auch im Anfange das bloß erzählende Perfectum finden. —

Abgesehen von diesen Ungenauigkeiten, die sich dem Zeitalter Justinians sehr wohl vergeben lassen, finden wir nun aber unsere Stelle durchaus mit dem oben Gesagten und namentlich mit fr. 1. de succ. ed. übereinstimmend, so daß wir wohl nicht zweifeln dürfen, daß dieselbe aus einem älteren Juristen entlehnt sei. Ihr Sinn ist, daß die Aufstellung verschiedener auf einander folgender Successionsklassen mit Festsetzung gewisser Fristen um des Interesses der Creditoren willen geschehen sei, und gerade weil hier das Recht des fiscus an den bona vacantia nicht erwähnt wird, dürfen wir wohl schließen, daß die von den Compilatoren benutzte Quelle nicht das fr. 1. de succ. ed. selbst ist. Freilich kann man aus Justinians Worten nicht erkennen, welche species successionum zuerst aufgestellt worden sein, denn er redet hier, an das Vorhergehende anknüpfend, absolut von allen Klassen, von der b. p. als einem Ganzen; und deßhalb kann er auch nicht meinen, daß wirklich der Constituirung jeder einzelnen Klasse dieses Ganzen das Interesse der Creditoren zum Grunde gelegen ha-

sio graduum in den einzelnen Klassen angedeutet ist. Man erwartet einen Satz, dessen Verbum auch wieder eine Thätigkeit des Prätors ausdrückte, etwa so: „und da er auch in den einzelnen Klassen eine successio der in verschiedenen Graden stehenden Personen anerkannt hatte.“

be; wie er ja z. B. für die b. p. unde cognati selbst einen ganz anderen Zweck angiebt [5]: Eben darin aber liegt es, daß er solche aus einem anderen Zweck hervorgegangenen einzelnen Theile als spätere Zusätze ansehen muß, indem er sonst der eigenen Angabe des allgemeinen Einführungsgrundes der b. p. widersprechen würde.

Wir können daraus die General-Regel ziehen, daß wo wir bei einzelnen Klassen die Erreichung ganz besonderer Absichten wahrnehmen, wir auch einen späteren Ursprung derselben annehmen müssen, und danach wird aus unseren späteren Untersuchungen genugsam erhellen, daß weil allen vom Prätor neu errichteten **ordines** ein eigener Zweck zum Grunde liegt, die früheste Gestalt der b. p. sich nur auf die civilrechtlichen Klassen bezogen haben kann.

So scheint mir denn auch durch diese Institutionenstelle die Richtigkeit meiner Ansicht dargethan zu sein.

§. 17. — VI. Um den Beweis über den Ursprung der b. p. zu vervollständigen, muß nun endlich noch versucht werden, die Zeit zu ermitteln, in welche man denselben zu setzen hat. Dabei wird es möglich sein, das Verhältniß genauer festzustellen, in welchem man sich das im §. 8 untersuchte Edict der Pontifen zur **bonorum possessio** denken muß.

Es ist nämlich nach der ganzen bisherigen Entwicklung wohl nicht zu verkennen, daß beide Rechtsinstitute in einem engen historischen Zusammenhange stehen müssen. Die **pro herede usucapio** ist, wie Gaius sagt, um der **sacra** und Creditoren willen eingeführt. Jenes Pontifenedict (wie ich es kurz nennen will) betrifft lediglich das Interesse der **sacra**, die **bonorum possessio** dagegen ist, wie nunmehr wohl angenommen werden darf, aus dem der Creditoren hervorgegangen. Während Beides vereint die **pro herede usucapio** hervorgerufen hat, so ist dann noch jedes für sich die Ursache zweier anderen Rechtsinstitute geworden. Außer diesem inneren Zusammenhange ist nur aber noch nachzuweisen, daß auch

5) §. 3. J. de legit. agn. succ.

die historische Aufeinanderfolge dieser drei Institute so gewesen sein müsse, wie er bisher nur vermuthungsweise angenommen ist.

Daß das Pontifenedict späteren Ursprungs sei, als der Anfang der zweiten Periode der pro herede usucapio, glaube ich nach dem im §. 8 zu Note 4 Gesagten als sicher annehmen zu dürfen. Es muß daher nur noch dargethan werden, daß die Entstehung der bonorum possessio wiederum noch hinter das Pontifenedict zu stellen sei.

Daß die bonorum possessio am Ende der Republik bereits eine geraume Zeit bestanden hatte, wissen wir aus Cicero [1]), aber Niemand datirt sie so weit zurück, daß sie noch früher wäre, als die pro herede usucapio in ihrer älteren Gestalt. Und man wird auch diesen Gedanken nie plausibel finden, wenn man bedenkt, wie sehr die letztere mit ihrer engherzigen und unjuristischen Interpretation den Character gleich der nächsten auf die 12 Tafeln folgenden Zeit an sich trägt, während man die Aufstellung neuer Rechtssätze durch den Prätor erst viel späteren Zeiten zuweisen darf. — Aber eine ganz andere Frage ist es, ob man nicht den Ursprung der b. p. in die erste Periode der pro herede usucapio legen solle, indem gerade dadurch der Prätor eine geregeltere Art und Weise, wie Jemand die hereditas ersitzen könne, habe einführen wollen. Diese Ansicht ist in der That bereits aufgestellt worden [2]), und es wird am passenden Ort eine ausführliche Widerlegung gegeben werden. Hier soll nur Folgendes bemerkt werden, was aber doch hinreichen wird, einer solchen Auffassung der Sache die nöthige Basis zu entziehen.

Es handelt sich nämlich hier um das Grundprincip, auf welchem man das ganze Gebäude der b. p. aufbauen will. Wenn man nun die ursprüngliche b. p. als die Verleihung einer pro herede usucapio durch die das Erbrecht selbst ersessen würde, auffassen will, so muß man zugestehen, daß doch wenigstens in der späteren Gestalt, wie sie uns von den klas-

1) In Verr. II. 1. 44. in fin. „et hoc vetus edictum translatitiumque esse."

2) Huschke in den Richterschen Jahrbüchern 1839. S. 12. u. 13.

fischen Juristen dargestellt wird, die **bon. poss.** auf einem ganz anderen Principe ruhen müsse. Das beweist jedenfalls Gaius, der ganz allgemein aussagt, die **pro herede usucapio**, als eine Ersitzung des Erbrechtes sei nicht mehr in Gebrauch. Und er sollte es übersehen haben, daß in der so wichtigen und weitgreifenden **b. p.** noch immer die ältere **pro herede usucapio** fortbestände? — Es beweisen dies aber auch die uns überlieferten positiven Darstellungen von der **b. p.**, indem der **bonorum possessor** von Anfang an, und nicht erst nach Ablauf eines Jahres als **heres** gilt. Freilich nur als ein fingirter **heres**, aber diese Fiction ist keineswegs auf die als vollendet angenommene Usucapion gebaut, denn dann wäre ja wiederum die ältere **pro herede usucapio** noch in Geltung gewesen, indem doch die einstweilen fingirte Ersitzung nach Ablauf der gewissen Zeit wirklich hätte vollendet werden müssen. Vielmehr ruht die Fiction, wie später noch weiter ausgeführt werden wird, auf ganz anderen Voraussetzungen.

Wenn man nun also zugeben muß, daß das Grundprincip der **b. p.**, wie wir es später erblicken, mit der **pro herede usucapio** in gar keinem Zusammenhang steht, so fragt sich, was uns auf die Ansicht bringe, daß in der früheren Zeit allerdings dieser Zusammenhang bestanden habe? Bemerkungen unserer Quellen führen uns nicht im Geringsten darauf hin, noch weniger aber eine innere Wahrscheinlichkeit. Denn es leuchtet ein, daß die **b. p.**, welche nichts wie eine **pro herede usucapio** war, und die **b. p.** der späteren Zeit, durchaus verschiedene Institute sind, daß also mit dem Ganzen eine völlige Revolution vorgegangen sein müsse; aber können wir eine solche wohl vermuthen, wenn uns auch nicht einmal ein Wink unserer Quellen darauf hinführt?

Statt dessen aber finden wir eine ausdrückliche Bemerkung, welche gewiß nicht zuläßt, daß wir eine so wesentliche Umschmelzung des Institutes annehmen dürften. Denn vor Cicero mußte sie doch jedenfalls geschehen sein, und dieser sagt a. a. O.: **posteaquam jus Praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus, etc.**

Dazu kommt endlich noch folgender Grund: Wenn die **b. p.** zur Zeit der älteren **pro herede usucapio** eingeführt

wäre, so mußte sie auch früher sein, als das Pontifenedict, welches erst in der zweiten Periode der pr. her. us. aufgestellt sein kann. Aber ist es wohl denkbar, daß die Pontifen hierauf noch gekommen sein könnten, wenn die bon. poss. bereits bestanden hätte, ein Institut welches doch gewiß bei den meisten Erbfällen zur Anwendung kam, und dann auch immer den Pontifen zur gehörigen Prästation der sacra verhalf? Damit soll nicht gesagt werden, daß die b. p. das Pontifenedict durchaus unnöthig gemacht habe. Es konnte allerdings noch in manchen Fällen, namentlich wenn Niemand b. p. agnosciren wollte, bedeutend werden [3]), aber es ist doch eine andere Frage, ob etwas für einzelne im Verhältniß geringe Fälle fortbestehen bleibe, oder ob es eigends erst für dieselben constituirt werden solle, wo doch der Prätor nun sehr viel einfacher hätte abhelfen können [4]).

Danach darf also angenommen werden, daß die b. p. nicht bloß später sein müsse als die erste Periode der pro herede usucapio, sondern auch später als das Pontifenedict. Da dies Letztere aber noch vor der lex Voconia (585) aufgestellt ist, (§. 8. Note 9.) so kann die b. p. auch schon vor diesem Gesetze entstanden sein, und wenn nun auch die Verhinderung der Mission der Creditoren in den oben erörterten Stellen als Grund ihrer Einführung angegeben wird, so scheint doch das am Ende des §. 9 Gesagte zu genügen, um den Gedanken zu verhindern, daß der Anfang der b. p. etwa erst nach der Rutiliana actio, also nach dem Jahre 649 zu setzen sei.

An diese Erörterung knüpft sich von selbst die Frage, welchen Platz nun das successorium edictum in dem schon bestehenden Pontifenedicte, das überhaupt das Vorbild für die Prätorische Rechtsänderung gewesen zu sein scheint, eingenommen habe?

---

3) Und es bestand ja auch zu Cicero's Zeit neben der b. p.

4) Etwa durch einen neben der ordentlichen b. p. hergehende missio in possessionem.

Savigny [5]) meint, es habe die dritte Klasse (nach Scävolas Theorie) hauptsächlich gerade den **bonorum possessor** enthalten: (**is qui de bonis, quae ejus fuerint, quum moritur, usuceperit plurimum possidendo**); obgleich damit freilich auch der gewöhnliche Fall der **pro her. usucapio** gemeint sei, welche Jemand durch eigenmächtige Besitzergreifung ausübt. Dieser Satz hängt eng mit der ganzen Ansicht Savigny's über den Ursprung der **b. p.** zusammen, welche hier noch nicht der genaueren Prüfung unterworfen werden kann. Indeß muß sogleich an diesem Orte Folgendes bemerkt werden.

Allerdings konnten die Pontifen den **bonorum possessor**, wenn er den größten Theil des Vermögens in Besitz bekommen, und nach einem Jahre usucapirt hatte, als **pro herede** Usucaptor zu den **sacra** anhalten. Aber darin liegt doch, daß eigentlich nicht die Ertheilung der **b. p.** der wahre Verpflichtungsgrund zu den **sacra** ist, sondern der Satz, daß jeder Besitzer der **corpora hereditaria** sie prästiren müsse, gleichviel auf welche Art er den Besitz erlangt habe.

Hier aber ist die Frage, ob nicht schon in der bloßen Ertheilung der **b. p.** also in der Constituirung eines fingirten **heres** eine Verbindlichkeit zu den **sacra** liege, welche also auch nicht erst davon abhängig ist, ob wirklich der **b. possessor** den Besitz vom größten Theil des Vermögens erlangt, und ein Jahr durch bewahrt hat. Wenn man eine solche Verbindlichkeit nicht annehmen wollte, so würde man für eine Reihe von Fällen zugeben müssen, daß die Pontifen sich an Niemanden halten könnten. Wenn z. B. die **b. p.** mehren Personen nach gleichen Theilen gegeben, und danach das Vermögen vertheilt war, so brauchten sie, wenn sie nicht schon als **b. possessores** hafteten, gar keine **sacra** zu prästiren, weil Keiner den größeren Theil des Vermögens usucapirte. Oder wenn gar keine körperliche Sachen (sondern vielleicht nur Forderungen) sich in der Erbschaft befanden, so konnte von einer **pro herede usucapio** nicht die Rede sein, wohl aber von einer **b. p.**, bei der indeß die Pontifen leer hätten ausgehen müssen.

---

5) In der bereits citirten Abhandlung über die sacra privata. S. 367 u. ff.

Es ist nicht wahrscheinlich, daß die Pontifen sich dabei zufrieden gestellt haben sollten, und es entsteht die Frage, ob nicht überhaupt die bonorum possessio in eine ganz andere Klasse zu stellen sei. Wenn dies aber der Fall wäre, so leuchtet es ein, daß nur von der ersten Klasse (heredum causa justissima est) die Rede sein könne. Daß nun wirklich hierin auch die b. p. begriffen sei, läugnet Savigny (S. 365) ganz entschieden, „indem es wohl keines Beweises bedürfe, daß in einer „Regel, die sich so lange vor Ciceros Zeit gebildet hatte, der „Ausdruck heres im strengen Sinne, nämlich allein vom Civilerben verstanden werden müsse, da ja noch in weit späteren Zeiten dieser bei genauer Rede beobachtet werde.“ [6]).

Einestheils geht aus dem bereis oben Gesagten hervor, daß auch ich nicht glaube, heres habe ursprünglich hier mehr bedeutet, als den civilrechtlichen Erben, indem ich gezeigt habe, daß das Pontifenedict älter sein müsse, als die b. p. Aber anderntheils meine ich auch, daß die später hinzugekommene b. p. nun in dieselbe Klasse mit der hereditas gehöre. Freilich erkennt man an, daß der bon. possessor kein heres sei, aber es wird doch gleich hinzugesetzt, daß er loco heredis sei, also ebenso behandelt werde. Es äußert sich dieß gleich darin, daß er von den Creditoren belangt werden kann. Nun aber muß man doch den Anspruch der Erbschaftsgläubiger und den der Pontifen ganz auf dieselbe Stufe gestellt haben, da ja früher gleichmäßig für Beide die pro herede usucapio eingeführt worden war. So kann man denn auch Nichts dagegen gehabt haben, daß ebenso wie die Creditoren den b. possessor als heres belangten, in derselben Eigenschaft sich auch die Pontifen an ihn halten konnten [7]). Ein Schaden ward dadurch Niemandem zugefügt, denn entweder war der b. possessor selbst der heres, und so auch allein zu den sacra verpflichtet,

---

6) Ulp. XXVIII. 12. — hi, quibus b. p. datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur.

7) Danach erklärt sich, daß in fr. 12. §. 4. de religios. die Begräbnißpflicht, (die der Erblasser Niemanden insbesondere aufgelegt hat), als den heredes ganz nach der Reihe des successorium edictum obliegend, dargestellt wird.

oder es war eine Person, der der heres die Erbschaft noch wieder abfordern konnte, und dann durften ja diesem wieder die Verwendungen berechnet werden, welche der bonorum possessor für die sacra gemacht hatte.

Daß dies wirklich sich so verhalten haben müsse, zeigt endlich noch folgender Umstand. Die zweite Klasse nach Scävola's Theorie betrifft die Legatare, und es ist oben entwickelt, daß sie als eine Nebenklasse an die der heredes sich anknüpft. Nun kann doch wohl nicht bezweifelt werden, daß die Legatare wenn sie von einem bon. possessor secundum tabulas ihr Recht ableiten, nicht weniger von den Pontifen zu den sacra angehalten werden; aber dann muß man auch den bon. possessor in die erste Klasse gerechnet haben, weil die zweite nur von der ersten ihr Bestehen ableitet; und man muß den b. possessor secundum tabulas selbst neben den Legataren an den sacris haben Theil nehmen lassen. —

Somit scheint das Verhältniß des Pontifenedictes zur b. p. ermittelt, und nun kann denn auch endlich erklärt werden, warum in den Stellen über den Ursprung der b. p. nur von einer den Creditoren, nicht auch den Pontifen zu gewährenden Hülfe die Rede ist. Den Impuls gaben nur die Creditoren, da die Pontifen sich bereits durch eigene Hülfe geschützt hatten. Aber das neue Institut ward dann auch den Letzteren nützlich, namentlich weil die b. p. wie gleich gezeigt werden wird, sehr bedeutend der pro herede usucapio (in ihrer zweiten Periode) entgegenwirkte, also die Pontifen, wenn sie in Ermangelung eines heres sich bloß an den pro herede Usucapienten hätten halten können, leicht ganz leer ausgegangen wären.

Zweites Kapitel.

Subjecte der bonorum possessio.

§. 18. Wenn ich glaube in dem ersten Kapitel die richtigen Gesichtspunkte über den Ursprung der b. p. angegeben zu haben, so ist doch damit noch nicht genug geschehen, um bereits den Begriff derselben scharf construiren, und mit den Definitionen zusammenhalten zu können, welche wir von unserm Institute in den Quellen finden. Vielmehr müssen die einzelnen Theile des Ganzen, welche bisher nur kurz erwähnt werden konnten, einer genaueren und abgesonderten Prüfung unterzogen werden, und während bisher nur die Beweise vorgebracht wurden, welche sich auf das ganze Institut beziehen, so ist jetzt die Beweisführung auf die einzelnen Theile desselben zu richten. Diese lassen sich sehr natürlich unter die beiden Fragen, nach den Subjecten und nach den objectiven in der b. p. enthaltenen Rechten zusammenstellen. Erstere werden den Gegenstand dieses zweiten, letztere den des dritten Kapitels ausmachen. Aber dabei ist stets festzuhalten, daß in diesem ganzen ersten Buche nur dasjenige seine Stelle findet, was mit dem Begriffe der b. p. in nothwendigem Zusammenhange steht, so daß Alles was entschieden erst späterer Zusatz ist, oder was andere Veranlassungsgründe hat, als der im vorigen Kapitel dargestellte, hier ausgeschlossen bleibt.

Darnach wird es Niemand auffallen, daß die eigentliche Definition der b. p. erst am Ende des dritten Kapitels sich finden kann, daß aber auch in diesem ganzen zweiten und dritten Kapitel keine weiteren Untersuchungen vorkommen werden, wann die einzelnen besprochenen Theile ins Edict aufgenommen sein mögten. Die gesammte Darstellung wird eben das umfassen, was der Kern der b. p. ist, was also auch seit ihrer ersten Einführung bestanden haben muß. Damit soll freilich nicht behauptet werden, daß Alles dieses nothwendig von einem und demselben Prätor aufgestellt sei. Manches davon kann von späteren Prätoren allerdings noch klarer gefaßt oder in ein feineres juristisches Gewand gekleidet sein, aber der Keim war denn doch schon bei der ersten Einführung der b. p. vorhanden, und wenn wir nur alle diese Keime entdecken, die aus einer und derselben Wurzel hervorgeschossen sind, so ist damit der Hauptvortheil der historischen Forschung errungen. Wohl lohnt es sich nachzuspüren, ob mehre ineinander verwachsene Zweige aus verschiedenen Wurzeln emporgetrieben seien, aber es kommt weniger darauf an, zu wissen, welche von mehren Schößlingen einer Wurzel die früheren, welche die späteren seien. So z. B. halte ich die **fictitiae actiones** und das **Interd. quor. bon.** für ursprüngliche Bestandtheile der b. p., dagegen die Aufstellung neuer Erbklassen für spätere Zusätze, und der Beweis, daß dem so sei, ist allerdings höchst bedeutend, weil bei der entgegengesetzten Ansicht die ganze Lehre eine andere Gestalt gewinnen muß.

Umgekehrt aber ist es für den Begriff und die dogmatische Erkenntniß der b. p. nicht von Wichtigkeit, ob vielleicht dieselbe bereits zu einer Zeit bestanden habe, wo es noch keinen wahren Interdictenproceß gab, also auch die Form des **Interdictum quor. bon.** noch nicht vorhanden war. Denn mag dies auch der Fall gewesen sein, so mußte doch von Anfang an ein Prätorischer Schutz vorhanden sein, der, wenn auch noch nicht in das juristische Gewand des **Int. quor. bon.** gekleidet, dieselben Dienste leistete. Hier können wir also auch der historischen Untersuchung ein Ziel setzen, ganz abgesehen davon, daß die Beantwortung dieser Frage wegen

alles Mangels von Anhaltspunkten immer eine sehr mißliche sein würde.

Die Darstellung der Subjecte der b. p. theilt sich nach dem im ersten Kapitel Gesagten in zwei Theile. Es war die Hauptabsicht des Prätors, vor Allem den heres selbst, also den vom Civilrecht gerufenen Erben, zur Einhaltung der aufgestellten Deliberationsfrist zu bewegen, und nur, wenn dies nicht gelungen war, einen Anderen an seiner Statt zu berufen. Wir fragen also:

1) durch welche Mittel suchte der Prätor den heres zur Beobachtung der Fristen anzuhalten? (§. 19—21)

2) Wem gab er das Recht der successio in locum heredis? (§. 22 ff.)

§. 19. Die Mittel, welche der Prätor anwenden konnte, um den vom Civilrecht berufenen heres zu bewegen, daß er eine ihm zur Erbantretung gesetzte Frist respectirte, konnten theils Nachtheile sein, welche an die Versäumung der Frist geknüpft wurden, theils Vortheile, die er umgekehrt für die Befolgung derselben darbot. Daß Etwas der Art im Gebiete der b. p. bestanden haben müsse, muß nothwendig gleich hier nachgewiesen werden, um selbständig den aufgestellten Satz zu rechtfertigen, daß es wirklich vor Allem die Absicht des Prätors war, den heres zur Erbantretung zu bewegen.

Aber vorher muß doch noch gefragt werden, welche Art der Antretung der Prätor hier vom heres überhaupt verlangt habe, und dabei wird uns das oben im §. 5 in Beziehung auf die pro herede usucapio Gesagte auf den richtigen Gesichtspunkt leiten. Wenn bloß von der formellen Erklärung die Rede wäre, die Jemand rücksichtlich der Annahme oder Ausschlagung der hereditas abgiebt, so müßte nothwendig ein Unterschied zwischen dem suus und dem extraneus heres aufgestellt werden, und für Beide die Anwendbarkeit einer Deliberationsfrist eine ganz verschiedene sein. Denn beim suus (mag er ex testamento oder ab intestato erben) versteht sich diese Erklärung von selbst, er wird ipso jure Erbe, es braucht

also ihm keine Deliberationsfrist gesteckt zu werden. Alsdann könnte daher auch beim suus heres gar nicht an eine Anbietung der bon. poss. gedacht werden. Aber wenn wir uns die Gründe vor Augen stellen, welche im §. 5 zur Annahme führten, daß anfangs auch gegen den suus heres die pro herede usucapio gelaufen haben müsse, so werden wir hier ebenso die Anwendbarkeit der b. p. auf denselben verstehen können. Ebensogut wie die pro her. usucapio erst durch die factische Besitznahme des Vermögens ausgeschlossen wurde, so wollte jetzt auch der Prätor, der an die Stelle der pro herede us. ein besseres, aber denselben Zweck erfüllendes Institut zu setzen beabsichtigte, daß der heres sich noch in anderer entschiedenerer Weise der Erbschaft annähme, als das Civilrecht zur hereditatis aditio erforderte. Welcher Gedanke lag hier näher, damit es völlig sicher wäre, der heres wollte den Creditoren zu Recht stehen, und sich auch den sacra nicht entziehen, — als daß der Prätor eine vor seiner Person geschehene Erklärung der Erbschaftsannahme fordern mußte, daß er nur hiedurch von anderen Maßregeln abstehen zu können erklärte, mittelst deren auch ohne den civilrechtlichen heres den Creditoren Recht geschafft würde?

Aber von der anderen Seite konnte man auch vom heres nicht mehr, als diese vor dem Prätor vorgenommene hereditatis aditio verlangen. Das Interesse der Gläubiger war dadurch völlig sicher gestellt, und so konnte also das neue Institut eine viel passendere Gestalt gewinnen, als die pro herede usucapio gehabt hatte, wobei der heres nur durch factische Besitznahme des Vermögens das Einrücken eines Anderen zu verhindern vermogte. Das was bisher Erforderniß einer genügenden Erbantretung gewesen war, ließ sich jetzt leicht zu einer wohlthätigen Folge derselben umwandeln, d. h. während der heres vorher so gut es gehen wollte selbst Besitz ergreifen mußte, so konnte ihm jetzt, sobald er nur der in Gegenwart des Magistrats vorzunehmenden hereditatis aditio genügt hatte, umgekehrt die Prätorische Hülfe zur factischen Besitzergreifung gewährt werden, wodurch sich offenbar die derselben etwa im Wege stehenden Hindernisse sehr viel leichter hinwegräumen ließen.

Hieraus erklärt sich vollständig einestheils die Form, unter welcher die b. p. ertheilt wird, und anderntheils der Satz, daß die b. p. auf alle Arten von heredes anwendbar ist.

1) Die Form nämlich, in der die b. p. ertheilt wird, zerlegt sich in zwei Handlungen, von denen beiden eine jede durchaus wesentlich ist, da darin zwei sehr bedeutende Rechtsgeschäfte verborgen liegen.

a) Zuerst die in Gegenwart des Magistrats vorgenommene Erbschaftsantretung. Daß diese wirklich in dem Nachsuchen der b. p. von Seiten des heres liege, wird von Niemand bezweifelt, aber man muß noch weiter gehen, und sie nicht bloß für eine zufällige Nebenwirkung, welche aus der b. p. agnitio ganz von selbst hervorgehe, halten, sondern für den eigentlichen Kern dessen was der Prätor beabsichtigte. Es sollte von jetzt an eine formellere Antretungsart der Erbschaft statt finden, als wie das Civilrecht erforderte, und gerade in der Form, die dem Civilrechte hinzugefügt wurde, nämlich in dem Beisein des Prätors, lag die Bürgschaft, welche die Sicherheit der Creditoren erheischte.

b) Wenn aber diese hereditatis aditio vorgenommen ist, so ertheilt nun auch der Prätor dem heres zur Belohnung dafür, daß er die Frist eingehalten, und den Creditoren sich gestellt hat, das beneficium, daß der heres sich bei der factischen Besitzergreifung der Prätorischen Hülfe bedienen darf. Indem der Prätor ausspricht: „do bonorum possessionem“ [1]), ist damit alle Macht seines Imperiums dem heres zugesichert, dessen Besitzergreifung sich irgend ein Anderer würde entgegensetzen wollen.

In der späteren Zeit sagte der Agnoscirende, wenn er vor dem Prätor erschien, vielleicht bloß: peto bonorum possessionem, und für diese späteren Zeiten ist dies völlig erklärlich, aber im Anfange mußte seine Erklärung gewiß so

1) S. v. Löhr Magaz. III. S. 285. Es ist nach der bald genauer zu interpretirenden Stelle des Cicero (Verr. I. 45) sehr wahrscheinlich, daß in früheren Zeiten die Erklärung des Prätors nicht lautete: do tibi b. p. sondern do tibi hereditatem.

gefaßt sein, daß darin, falls er wirklich heres war, auch die hereditatis aditio klar ausgesprochen lag.

2) Weil nun aber nach des Prätors Willen die hereditatis aditio eine formellere sein soll, als das Civilrecht verlangt, so folgt, daß sie auch von denen gefordert wird, bei welchen nach Civilrecht sie ganz ipso jure mit der Delation eintritt, bei den sui heredes. Einen anderen Erklärungsgrund, dafür daß bei ihnen eine b. p. eintritt, kann ich mir nicht denken, aber ich halte auch den angegebenen für völlig genügend.

§. 20. Nach dieser Voruntersuchung, welche gezeigt hat, daß die b. p. auf alle heredes anwendbar ist, können die Mittel in Betracht gezogen werden, durch die man sie dazu bringen wollte, vor dem Prätor die Erbschaft anzutreten.

1) Bei den gedrohten Nachtheilen, welche der heres für Nichtbefolgung dieser Vorschrift zu befürchten hatte, darf man keinenfalls daran denken, daß es je in des Prätors Absicht habe liegen können, ihm das Erbrecht, welches er in einer bestimmten Frist nicht geltend gemacht hätte, nach Ablauf derselben gänzlich, etwa durch eine Denegation der Klage, zu entziehen. Eine solche Härte war gerade in der älteren pro herede usucapio enthalten gewesen, und es lag nahe genug, daß man sie jetzt zu vermeiden habe, aber auch sehr leicht vermeiden könne. Eben das, was man durch die pro herede us. erreicht hatte, wollte man auch jetzt haben, nämlich eine Person, die den Creditoren und Pontifen gegenüberstände. Aber war es nöthig, ihr nun auch definitives Erbrecht zuzugestehen? Wenn man sie als interimistischen Repräsentanten des säumigen heres (loco heredis) auffaßte, welcher so lange ganz nach eigenem Willen mit der Erbschaft schalten und walten könnte, bis der heres sein Erbrecht von ihm einforderte, so war offenbar der Zweck vollständig erreicht, und dabei eben dem heres die Möglichkeit gelassen, trotz seiner Säumigkeit sein Erbrecht noch gegen den Repräsentanten geltend zu machen.

Dies sind nun in der That die Grundsätze, die wir in der b. p. finden. Der nach dem heres Gerufene ist nur sein Repräsentant (loco heredis) bis der wahre Erbe mit der hereditatis petitio auftritt; aber er darf bis dahin über die Erb=

schaft frei herrschen und verfügen. Die weitere Ausführung dieser Sätze wird im dritten Kapitel gegeben werden, hier waren sie bereits zu erwähnen, um das Interesse des heres selbst anschaulich zu machen, welcher doch, wie sich von selbst versteht, bedeutenden Nachtheil dadurch leiden kann, wenn einem Anderen das Recht gegeben wird, über seine Erbschaft nach Belieben zu disponiren. Wenn er also überhaupt nicht auf dieselbe verzichten wollte, so mußte ihm dies ein Anreizungsmittel sein, wie ein bonus paterfamilias keines stärkeren bedurfte, — sich in die ihm vom Prätor gesetzte Frist zu fügen, und durch seine eigene solenne Erbantretung das Einrücken eines Fremden zu verhindern.

2) Es wäre möglich, daß der Prätor sich hiermit ganz begnügt hätte. Er konnte sicher sein, daß in den meisten Fällen der heres dadurch bewogen werden würde, den aufgestellten Regeln nachzukommen. Aber jedenfalls mußten dieselben noch viel schnelleren und allgemeineren Eingang finden, wenn er auch positive Vortheile dem gehorchenden heres darbot. Daß er dies wirklich gethan habe, darauf führt uns schon das im vorigen § Gesagte, wo gezeigt wurde, daß die Form der Ertheilung der b. p. sich in zwei Theile auflöse, in die vor dem Prätor vorgenommene Erbschaftsantretung, und in die zur Belohnung dafür vom Prätor zugesicherte Hülfe bei der Besitzergreifung. Dort war dies nur aus einer Vergleichung mit der älteren pro herede usucapio abgeleitet, welche Vergleichung sich aus dem genauen Zusammenhang beider Institute rechtfertigt, wie er im vorigen Kapitel dargestellt worden ist.

Jetzt läßt sich dies nun auch, um keinem Zweifel mehr Raum zu lassen, durch bestimmte Quellenzeugnisse darthun. Gaius III. 34. spricht von den beiden Intestatklassen, welche zu seiner Zeit allein noch aus den älteren Civilrecht übrig waren, den sui und den Agnaten, und erörtert die Bedeutung, welche für sie die b. p. habe:

> Item ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat. quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem

petit, interdicto cujus principium est: quorum bonorum uti possit, cujus interdicti quae sit utilitas suo loco proponemus, alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili.

Dies Interdictum quorum bonorum ist adipiscendae possessionis, mit anderen Worten: es soll dadurch die Besitzergreifung realisirt oder erleichtert werden. Dies wird als das alleinige beneficium („in eo solo") d. h. als der positive Vortheil angegeben, welchen der heres durch die bonorum possessio gewinne, und das ist es ja auch, was im Grunde lediglich in den Worten bonorum oder hereditatis [1]) possessio liegt. So sieht man also schon aus dem Namen selbst, daß der vorzügliche Zweck des Prätors das Heranziehen des heres war, dessen Folgeleistung dann mit dem beneficium der erleichterten Besitzergreifung belohnt wurde.

Freilich ist nun die Bedeutung dieses Interd. quor. bon. ausnehmend bestritten, was uns im dritten Kapitel zu einer sehr ausführlichen Untersuchung veranlassen wird. Aber jedenfalls ist das hier Gesagte unzweifelhaft, während die weitere Frage, wie eigentlich durch das Int. quor. bon. die Besitzergreifung erleichtert worden sei, jenem späteren Orte zugewiesen bleiben muß [2]).

---

1) Daß bona hier ganz gleichbedeutend genommen ist mit hereditas, sieht man schon aus der §. 14 Note 5 citirten Stelle. Es wird später gezeigt werden, daß der ursprüngliche Name unseres Institutes hereditatis possessio nicht bonorum possessio war. —

2) Neben die angeführte Stelle des Gaius, ist noch eine Aeußerung des Paulus in der Collat. XVI 3. 5. zu stellen, über deren richtige Lesart man, wie ich glaube, nicht zweifelhaft sein darf. Die Worte lauten in der Blumeschen Ausgabe: Qui sui heredes sunt, ipso jure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi aut infantes et peregrinantes, quibus bon. possessio propter praetoriam actionem non erit necessaria. - Wenn wir Paulus nicht die entgegengesetzte Ansicht im Vergleich zu Gaius beilegen wollen, (und das geht doch unmöglich), so müssen wir vor dem propter ein nisi einschieben. Man kann dies wohl unbedenklich, weil die Handschriften possessionis oder possessiones haben, (s. die

Indessen läßt sich ein das Interdict betreffender Punkt absondern, und gleich hier untersuchen, eines theils weil er bisher noch nicht in die über das Interdict herrschenden Streitigkeiten hineingezogen ist, anderntheils weil er sich auf den eben im vorigen Kapitel erörterten Zusammenhang der h. p. mit der pro herede usucapio bezieht, welcher für das ganze Verständniß der h. p. von so entschiedener Wichtigkeit ist, daß man ihn so viel wie möglich gleich zu Anfang festgestellt zu sehen wünschen muß.

§. 21. Die Formel des Int. quor. bon. ist uns in fr. 1. pr. quor. bon. aufbewahrt und lautet folgendermaßen:

(Ait Praetor): Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve [1], si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.

Aus den gesperrt gedruckten Worten sieht man, daß das Interdict auch zu einer Revocation der pro herede usucapio dienlich war, indem der sich auf dieselbe Berufende angesehen werden soll, als besäße er nur noch pro herede oder pro possessore, als habe er also die Usucapion noch nicht vollendet.

Nun wissen wir aus Gaius, daß für das Civilrecht erst durch Hadrian die pro herede usucapio aufgehoben ist, und zwar in derselben Art, wie sie durch das Interdict vernichtet wird, nämlich indem gegen den hereditatis petitor sie als unvollendet angenommen wird [2]).

Blumesche Ausgabe) worin ja das possessio nisi fast ganz unverstümmelt erhalten ist. — Daß hier das Int. quor. bon. „praetoria actio" genannt wird, macht keine Schwierigkeit. fr. 37. pr. de o. et a. „Interdicta quoque actionis verbo continentur". —

1) Daß hier Beides, pro herede und pro possessore aus dem Vorhergehenden hinzuzudenken ist, und nicht bloß das Letztere, hat Arndts in der schon citirten Abhandlung über die her. pet. S. 58 u. ff. nachgewiesen.

2) Gai. II. 57. — Sed hoc tempore etiam non est lucrativa, nam

Jetzt entsteht die Frage, ob jener Passus im Interd. quor. bon. erst in's Edict aufgenommen sei, nachdem durch das Hadrianische Senatusconsult der her. petitio die Revocationskraft der pro. her. us. verliehen war, so daß also die civilrechtliche Klage Vorbild und Veranlassungsgrund für die Erweiterung des Prätorischen Rechtsmittels gewesen wäre, oder ob man sich den historischen Zusammenhang gerade umgekehrt zu denken habe?

So viel ich weiß, wird heutzutage allgemein das Erstere angenommen [3]), und doch scheint mir das Letztere so sehr viel wahrscheinlicher zu sein. Eine Notiz darüber findet sich freilich in unsern Quellen nicht. Aus Gaius haben wir ja überhaupt erst das Hadrianische SC. kennen lernen. Wir müssen uns also mit inneren Gründen begnügen, und diese scheinen mir gegen die bisherige Ansicht, welche ohne alle Gründe als sich von selbst verstehend hingestellt ist, zu überwiegen.

Das Argument, daß zu Hadrians Zeit überhaupt nur noch Weniges in's Edict aufgenommen wurde, beweist doch jedenfalls so viel, daß wir für die Einführung einer Neuerung nicht gleich in dieser Zeit präsumiren, und es als sich von selbst verstehend annehmen dürfen, das Prätorische Recht folge hier dem Civilrechte.

Blicken wir nun aber zurück auf die Ursachen, aus denen oben der Ursprung der b. p. abgeleitet ist. Wenn es wahr ist, daß der Prätor, um nicht allein sicher, sondern auch bald die Creditoren befriedigt zu sehen, eine successio unter den civilrechtlichen ordines einführte, so mußte sich die Sache offenbar folgendermaßen gestalten. Das Civilrecht hat vier Klassen, die testamentarischen Erben, die sui, die Agnaten und die Gentilen. Die vom Prätor aufgestellten Fristen sind für die parentes et liberi ein Jahr, für die Uebrigen 100 Tage [4]).

---

ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

3) Savigny in seiner Zeitschr. V. S. 22. Arndts a. a. O. S. 93.

4) Es liegt der Gedanke sehr nahe, daß die Jahresfrist für die paren-

Da die testamentarischen Erben doch gewöhnlich fremde Personen sind, so folgt, daß die letzte, die den Gentilen deferirte Frist, ein Jahr und zweihundert Tage nach dem Tode des Erblassers eröffnet wird, was noch um hundert Tage früher sein kann, wenn sich beweisen ließ, daß derselbe intestatus gestorben war [5]):

---

tes et liberi nach einer sehr viel späteren Zeit aussieht, als worein der Ursprung der b. p. zu setzen ist, und daß sie sich anfänglich nur auf die **sui** bezogen habe.

5) Gegen diesen Satz wird vielleicht zweierlei erinnert werden, weßhalb gleich hier einige Gründe für denselben angegeben werden müssen:

a) Es gelte ja bei der b. p. das utile tempus, während hier die Fristen als continua gerechnet schienen. — Aber utile tempus bedeutet nur die Vergünstigung, von einem Zeitraume gewisse Theile, in denen man an der Vornahme einer Handlung verhindert war, abrechnen zu dürfen, so daß derselbe, obgleich er eigentlich schon verstrichen ist, noch fortgerechnet wird. Also man berechnet beim tempus utile auch immer ein continuum, welche das normale ist, von dem man nur wegen des bestimmten Vorbringens einer Person wieder abgehen kann. Bei der b. p. gestaltet sich also die Sache so, daß, wenn sie z. B. den ersten drei Klassen vergeblich deferirt ist, die Gentilen ganz so gerufen werden, als wenn die Fristen für die anderen Klassen continua gewesen wären. Und das utile tempus bedeutet nur, daß jetzt wo bereits den Gentilen deferirt ist, Jemand aus den früheren Klassen auftreten und es rechtfertigen kann, daß ihm die b. p. gebühre, wodurch dann allerdings die den Gentilen deferirte zusamzusamenfällt (data non intelligitur). — fr. 1. §. 10. de succ. edicto. „Quibus ex edicto b. p. dari potest, si quis eorum .... **in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris b. p. perinde competit**, ac si prior ex eo numero non fuerit. —

b) Man könnte nach fr 1. §. 1. quis ordo in b. p. glauben, daß jedenfalls erst die Frist der b. p. sec. tab. abgelaufen sein müsse, ehe die intestati eröffnet würde, und es käme nichts darauf an, ob man darthun könne, es sei gar kein Testament zurückgelassen worden. Die Worte lauten: Sive tabulae testamenti **non exstent**, sive exstent, **si secundum eas**, vel contra eas b. p. **nemo accepit**, intestati datur b. p.

Damit scheint gesagt zu sein, die Frist der b. p. sec. tab. müsse erst abgelaufen sein, ehe die b p. intestati gegeben werde, möge nun ein Testament vorhanden sein oder nicht. Allein fr. 1. §. 3. si

Das ist eine Zeit, wie sie unmöglich kürzer genommen werden konnte, um nicht die einzelnen Erbklassen wieder zu sehr durch zu geringe Fristen beeinträchtigt zu sehen. Und sie war von der anderen Seite auch kurz genug, weil doch jedenfalls in den ersten zwei Jahren die Creditoren und Pontifen ihre Befriedigung erhielten. Freilich hatte die ältere **pro herede usucapio** meist schon nach Ablauf des ersten Jahres dazu geführt, aber man muß bedenken, daß wenn es einestheils bei der **b. p.** ein Jahr länger dauere, anderntheils die Erbangelegenheit auch in viel kürzerer Zeit abgemacht werden konnte, und es außerdem ja nicht bloß der Zweck des Prätors war, ein recht eiliges, sondern auch ein *sicheres* Verfahren einzuführen. Bei den mancherlei Rücksichten, die nach allen Seiten zu nehmen waren, und wodurch sich gerade das Prätorische Institut vor der mangelhaften **pro herede usucapio** auszeichnete, kann man die in zwei Jahren eingeschlossene Erbschaftsregulirung eine so rasche nennen, als nur irgend zu erreichen stand.

Indessen ist doch sicher, daß in den am längsten dauernden Fällen die **b. p.** über den Zeitraum hinausreichte, in welchem die als eine Ersitzung der **res hereditariae** fortbestehende **pro herede usucapio** vollendet werden konnte. Damit aber erhebt sich das Bedenken, wie in solchen Fällen die **b. p.** eigentlich ein wirksames Institut habe sein können. Denken wir

---

tab. test. null. u. fr. 1. §. 8 de succ. ed. zeigen, daß die Worte anders zu verstehen sind. Denn wenn durch den Beweis, daß der scriptus heres repudiirt habe, oder gestorben sei, schon vor Ablauf der ihm gesetzten Frist die intest. b. p. eröffnet werden kann, so muß dieß doch auch durch den Beweis möglich sein, daß gar kein scriptus heres wegen des Mangels eines Testamentes auftreten werde. fr. 3 unde lib.

Jene Worte sind so zu verstehen, daß der Zwischensatz si — accepit lediglich zu den Worten sive exstent, nicht auch zu den vorhergehenden sive non exstent gehört; wodurch denn das im Text Gesagte direct bestätigt wird. Man kann sich nämlich den Satz sive exstent bis accepit ganz wegdenken, und so sagt der Jurist:

si tabulae testamenti non exstent, (statim) intestati datur b. p.

uns den Fall, es seien den drei ersten Klassen die Fristen nach einander vergeblich deferirt worden, und es seien auch wirklich keine heredes aus diesen Klassen vorhanden, so waren die Gentilen die vom Civilrecht berufenen Erben, von denen wir einmal annehmen wollen, daß sie, weil dritte Personen ihnen zuvorgekommen waren, den Besitz der Erbschaftssachen nicht ergriffen, und überhaupt keine hereditatis aditio vorgenommen hatten. Der Prätor berief sie nun erst 1 Jahr und 200 Tage nach dem Tode des Erblassers zu der vor ihm zu vollziehenden Erbschaftsantretung [6]), welcher dann das beneficium der bonorum possessio d. h. der durch den Prätor bewerkstelligten Besitzergreifung folgte. Dies beneficium, welches durch das Interd. quor. bon. realisirt wird, ist doch offenbar gegen jene dritten Besitzergreifer gerichtet, welchen jetzt durch das Prätorische Imperium genommen werden soll, was auf andere Weise nicht von ihnen zu bekommen war. Nun aber wird dasselbe erst zu einer Zeit ertheilt, wo sie die res hereditariae bereits usucapirt haben, mithin als Eigenthümer ihre Herausgabe verweigern können. Darin liegt, daß dem nach Vollendung der pro herede usuc. die b. p. Erhaltenden das Int. quor. bon. keinen Vortheil mehr gewährt, und doch spricht Gaius es so bestimmt aus, daß für dem civilrechtlichen Erben lediglich hierin der Nutzen der b. p. läge, ein Nutzen der ihm nun aber doch auch wirklich zu Gute gekommen sein muß, wenn Gaius richtig gesprochen haben soll [7]).

Danach scheint mit Nothwendigkeit angenommen werden

---

6) Daß es eine b. p. unde gentiles gegeben habe, läßt sich nicht bezweifeln, wie alsbald wird nachgewiesen werden.

7) Es ist wohl zu bemerken, wie Gaius das Hadriansche SC. vorträgt, welches die Revocation der pro herede usucapio durch die heredit. petitio einführt. Er stellt zuerst II. 52—56 die pro her. us. als ganz practisches Recht dar, und knüpft daran erst im §. 57 die neue aufhebende Verordnung. Wenn das im Int. quor. bon. liegende beneficium erst seit Hadrian allgemeine Bedeutung bekommen hätte, so würde er III. 34. die Sache ebenso dargestellt haben. Statt dessen aber trägt er rein das Prätorische Recht vor, das beneficium muß also wohl ebenso lange bestanden haben, als überhaupt der Prätor die civilrechtlichen Erben zur b. p. rief.

zu müssen, daß das Int. quor. bon., ganz abgesehen von den materiellen darin liegenden Rechten, wenigstens nicht von der Zeit abhängig gewesen sein könne, binnen welcher, vom Todestage an, die b. p. ertheilt worden war. Oder mit anderen Worten, das Int. quor. bon. muß von Anfang an die Revocation die pro herede usucapio enthalten haben, welche wir in seiner in den Digesten enthaltenen Form finden. Ein in vielen Fällen unnützes Institut kann der Prätor nicht haben einführen wollen. —

Zu diesem Bedenken gesellt sich noch ein anderes.

Es ist oben nachgewiesen worden, daß die erste Periode der pro herede usucapio jedenfalls schon vor der lex Voconia beendigt gewesen sein muß, da das Pontifenedict, welches älter als diese lex ist, jene usucapio als eine Ersitzung der Erbschaftssachen voraussetzt (§. 8 zu Note 9). Also bereits seit dem Jahre 585, und vielleicht noch eine geraume Zeit früher gewährte die pro herede usucapio nicht mehr das, um dessentwillen sie eingeführt war. Sie war mithin ein unnützes Institut geworden, und je störender sie nun doch in das Recht des eigentlich berufenen heres eingriff, um so mehr mußte man sie alsbald als eine „improba usucapio", wie Gaius [8]) sich ausdrückt auffassen. Dies Resultat liegt so erstaunlich nahe, daß damit die Nachricht des Gaius, die pro herede usucapio sei erst unter Hadrian (also etwa 300 Jahre nach der lex Voconia) unschädlich gemacht worden, in einem schreienden Mißverhältniß steht.

Wäre in der That in dieser ganzen Zeit die pro her. us. de jure völlig zulässig gewesen, wie sollen wir es erklären, daß in den uns aufbewahrten Schriftstellern, namentlich Cicero, sich nicht die geringste Klage darüber findet, da sie doch der Schrecken aller Erben sein mußte, und dem Cicero, wie wir aus seinem Aerger über die lex Voconia ersehen können [9]), gewiß nicht gefallen haben würde.

Dagegen erklärt sich die Sache ganz von selbst, wenn wir

---

8) II. 35.

9) Verr. II. 1. c. 41 — 45. de republ. III. 10.

annehmen, daß die Revocation der pro her. us. bereits diese ganze Zeit hindurch mittelst des Int. quor. bon. möglich gewesen sei. Jetzt war dem Einzelnen ein Mittel gegeben, das ihn vollkommen schützen konnte, und von der andern Seite läßt sich nun leicht einsehen, wie die bon. poss. ein so allgemein gangbares Institut werden konnte, dem sich so leicht wohl kein vom Civilrecht gerufener heres entzog. Da es nicht in der Macht des Prätors lag, den heres zum Gehorsam unter seine Vorschriften zu zwingen, so kann der wirklich allgemein geleistete Gehorsam nur die Folge solcher exorbitanter Vortheile gewesen sein. Und nun kann es uns auch nicht Wunder nehmen, daß man, weil Hülfe genug vorhanden war, so viele Jahrhunderte lang gar nicht daran dachte, das im Prätorischen Recht Geltende auch auf das Civilrecht zu übertragen, und auch der her. pet. die Revocationskraft beizulegen, bis denn endlich unter Hadrian dieser allerdings noch immer wünschenswerthe Schritt geschah.

Dies Resultat stimmt auch ganz mit den Gesichtspunkten überein, unter denen der Ursprung der b. p. dargestellt worden ist. Es war die Absicht des Prätors ein besseres Institut an die Stelle der hier weggefallenen älteren pro herede usucapio zu setzen. Darin aber liegt schon unmittelbar, daß er nun auch den zwecklosen Wirkungen entgegentreten mußte, welche aus der pro herede usucapio in ihrer zweiten Gestalt hervorgingen. Es handelt sich ja nicht darum, darzuthun, daß überhaupt das Int. quor. bon. eine Revocation der pro herede usuc. enthalten habe, sondern nur, daß dies nicht ein späterer Zusatz sei, und dafür ist der so genaue Zusammenhang mit dem eigentlichen Veranlassungsgrunde der b. p. von unmittelbarer Beweiskraft [10]).

§. 22. Ich gelange zu der zweiten Frage, welche in diesem Kapitel zu erörtern ist (§. 18), wen nämlich der Prätor,

10) Ein letzter, bedeutender Beweisgrund für die hier vorgetragene Ansicht kann erst unten bei der Entwicklung des Int. quor. bon. seine Stelle finden.

sobald der heres die ihm anberaumte Deliberationsfrist verstreichen ließ, an dessen Stelle habe succediren lassen? Die darauf oben bereits gegebene Antwort, daß hierzu anfangs nur die übrigen Klassen des Civilrechts gerufen worden seien, muß jetzt genauer ausgeführt werden. —

Es leuchtet auf den ersten Blick ein, daß mit dieser Antwort nichts Absolutes, sondern ein rein relatives Verhältniß ausgedrückt ist. Der heres kann ja in der ersten Erbklasse stehen, er kann auch in der letzten berufen sein, wenn nämlich aus den früheren Klassen Niemand vorhanden ist. Ist Letzteres der Fall, so findet allerdings in soweit eine b. p. statt, als gerade auch diese letzte Klasse zur Erbantretung vor dem Prätor berufen wird; wenn aber auch diese letzte Frist unbenutzt verstrichen ist, so muß hier anfangs das Institut der b. p. ihr Ende gehabt haben. Die Creditoren, die Niemand hatten, der ihnen gegenübertrat, schritten alsdann zur eigenmächtigen Besitznahme der Güter.

Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn der heres in einer früheren Erbklasse steht. Es befinden sich hinter ihm noch Andere, die das Civilrecht gerufen haben würde, wenn jener nicht vorhanden wäre. Hier läßt nun der Prätor diese späteren Klassen in die Stelle des säumigen heres eintreten, damit die leidige Beschlagnahme des Vermögens von Seiten der Creditoren verhindert würde. Jn einer je früheren Klasse also der wirklich vom Civilrecht gerufene heres steht, desto mehr Klassen sind vorhanden, die dann successive hinter ihm drein gerufen werden.

Ehe nun aber diese ordinum successio nach ihren einzelnen Theilen geprüft wird, muß untersucht werden, in wie weit denn eigentlich dem älteren Civilrecht dieselbe fremd gewesen sei. Um den Faden der Entwicklung nicht zu stören, ist diese Frage, so weit sie sich nicht ganz unzweifelhaft beantworten läßt, im vorigen Kapitel absichtlich vermieden worden; es ließ sich dies unbedenklich thun, weil das was davon sicher ist, hinreichte, um den Ursprung der b. p. darzustellen.

Sicher nämlich ist, daß das ältere Civilrecht, so lange aus dem vorhergehenden ordo Jemand vorhanden ist, niemals eine neue Delation vornimmt, m. a. W. es kann dem früher Berufenen nie gegen seinen Willen (etwa durch Zeitablauf) sein

Erbrecht, auch wenn er es noch nicht acquirirt hat, genommen und auf einen Anderen übertragen werden. Die 12 Tafeln knüpfen überhaupt bei den späteren Intestatklassen die Begründung des Erbrechts an das Nichtvorhandensein der vorhergehenden Klasse [1]), und auch wieder die erste Intestatklasse, die sui, sind ebenso durch das Vorhandensein eines scriptus heres [2]) ausgeschlossen, wie sie selbst den Agnaten und Gentilen alles Recht nehmen. Diese Sätze genügten, um den Ursprung der b. p. zu verstehen, in welcher ebenso unzweifelhaft die dem Civilrecht entgegengesetzte Regel statt findet, daß nämlich das Vorhandensein von Personen aus einer früheren Klasse nach Ablauf einer gewissen Zeit die Delation an die folgende Klasse nicht hindere.

Aber wir müssen jetzt einen Schritt weiter gehen. Wenn die b. p. dem folgenden ordo deferirt wird, selbst beim Vorhandensein des früheren, so versteht es sich von selbst, daß dasselbe auch eintreten muß, wenn der frühere ordo, ohne angetreten zu haben, definitiv hinweggefallen ist, was durch Tod oder ausdrücklichen Verzicht geschehen kann. Wie verhält sich dies nun im Civilrecht? Läßt es nicht wenigstens in diesen Fällen eine Berufung der folgenden Klasse zu, oder war auf sie ebensowenig wie auf Zeitablauf eine ordinum successio gebaut?

In Beziehung auf die drei Intestatklassen läßt sich dies leichter beantworten. Der suus steht in einem ganz anderen Verhältniß, als die übrigen zur Erbschaft Berufenen. Da er die Erbschaft ipso jure erwirbt, so kann sein Tod nicht der Grund einer neuen Delation an die Agnaten werden, denn

1) Gai. III. §. 9. — si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad agnatos. — §. 17. si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat.

2) Natürlich setze ich ein civilrechtlich gültiges Testament voraus. — Ein Notherbenrecht der sui war zur Zeit der 12 Tafeln noch nicht vorhanden, aber auch als es später aufkam, erhielt es nicht die Gestalt, als wenn dadurch ein Uebergang der Delation vom scriptus heres auf den präterirten suus bewirkt werde.

wir sprechen hier natürlich nur von dem vor der Antretung erfolgten Tode des berufenen Erben. Mit der Acquisition der Erbschaft ist das Schicksal derselben definitiv entschieden, es kann also von keiner weiteren Berufung die Rede sein. Ebenso ist aber auch das Eintreten der Agnaten für den Fall undenkbar, daß der suus auf sein Erbrecht verzichten wollte. Denn er ist zugleich necessarius heres, er darf gar nicht der Erbschaft entsagen, und wenn ihm auch vom Prätor das beneficium abstinendi gegeben ist, so geht dies doch jedenfalls nicht so weit, daß dadurch eine neue civilrechtliche Delation der Erbschaft (und davon ist hier allein die Rede) möglich gemacht würde [3]). Aber auch von den Agnaten auf die Gentilen ist, wie uns Gaius ausdrücklich sagt [4]), kein Uebergang der Berufung im Fall des Todes oder des Verzichtes möglich; was sich leicht daraus erklärt, daß die 12 Tafeln die folgende Klasse nur berief, wenn aus der vorhergehenden gar Keiner zur Todeszeit des Erblassers vorhanden ist (s. Note 1), weßhalb denn das spätere Hinwegfallen gar nicht in Betracht kommen kann.

Wenn also der Satz: in legitimis hereditatibus successio non est im weitesten Sinne zu nehmen ist, so daß das Intestaterbrecht ein „höchstpersönliches" Recht war, welches, wenn auch der Berufene es nicht geltend machen wollte, doch nie im Folge des Gesetzes einem Anderen übertragen werden konnte [5]), — so bleibt nur noch ein Punkt zweifelhaft, wie

---

3) fr. 30. §. 10 u. 12. de fidei comm. lib. fr. 1. §. 7. si quis omissa. fr. 28. de reb. auctor. judic.

4) III. 12. — Nec in eo jure successio est; ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam aderit decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit. Neuerdings ist indeß doch diese Regel in Beziehung auf das Eintreten der Gentilen in die Stelle des proximus agnatus von berühmten Juristen bezweifelt worden. Es wird sich dies weiter unten (§. 33) passender widerlegen lassen, und möge deßhalb hier noch ignorirt werden.

5) Eben deßhalb fand man es nöthig, wenigstens vertragsmäßig diesen Uebergang bewirken zu können. Daher die in jure cessio der noch nicht angetretenen legitima hereditas. Gai. II. 35.

es sich nämlich mit dem Uebergange von der testamentarischen zur Intestatsuccession im Civilrecht verhalten habe?

1) Daß derselbe, wenn sich wirklich ein (mit der Antretung zögernder) scriptus heres vorfand, durch Zeitablauf anfangs nicht möglich war, ist oben zur Genüge nachgewiesen. Es erklärte sich gerade daraus die Entstehung der cretio und der pro herede usucapio; und daraus folgt wieder, daß nachdem die Letztere ihre zweite Gestalt annahm, eine gesetzliche und allgemein gültige Verjährung des deferirten testamentarischen Erbrechts nicht mehr bestand, dieselbe vielmehr von der Disposition der die cretio vorschreibenden Testatoren abhängig war. —

2) Jetzt ist aber zu untersuchen, ob nicht, abgesehen vom Zeitablauf, wenigstens aus anderen Gründen, welche das definitive Wegfallen des scriptus heres nach dem Tode des Testators bewirken können, eine Succession der Intestaterbfolge auf die testamentarische möglich gewesen sei. Einestheils gehören dahin die schon bei den Klassen der Intestaterbfolge erwähnten Fälle des Todes und des Verzichtes (destitutum testamentum), anderntheils einige der testamentarischen Succession eigenthümliche Fälle, die im Gebiete des Notherbenrechtes liegen [6]). Wenn nämlich vom Richter das testamentum für inofficiosum erklärt wird, so tritt jetzt in der That Intestatsuccession ein, während bisher das Testament als ein gültiges angesehen worden war. Ebenso gilt das Testament, in dem ein postumus präterirt ist, und es wird erst später durch dessen Erscheinen rumpirt. Indessen kommen für uns diese beiden Fälle hier nicht weiter in Betracht, da der erstere entschieden, der letztere wenigstens nach der richtigen Ansicht [7]) späteren

6) Es versteht sich von selbst, daß hier von den vielerlei Gründen gar nicht die Rede ist, woburch das Testament als ab initio nullum angesehen wird. Da alsdann gar kein Testament vorhanden ist, so tritt von Anfang an Intestaterbfolge ein, während wir hier die Fälle ins Auge fassen, in denen anfangs die testamentarische und erst später die Intestatsuccession deferirt wird.

7) S. Mühlenbruch Commentar Bd. 36. S. 147 ff. cf. fr. 120. de V. S. — „sed id interpretatione coangustatum est, vel legum

Ursprungs ist, während wir hier von dem Rechtszustande der früheren Zeit, wie ihn die 12 Tafeln feststellten, sprechen. Es bleibt also doch nur für das destitutum testamentum die Frage übrig, ob dabei ein Uebergang auf die Intestaterbfolge statt gefunden habe. In der späteren Zeit des Römischen Rechtes ist dies ganz unzweifelhaft, aber es muß auch gleich bemerkt werden, aus welchem juristischen Grunde man es rechtfertigte.

Im Allgemeinen ist der Zeitpunkt der Delation einer Erbschaft das mortis tempus. Meistens macht dies nun auch für die Intestaterbfolge gar keine Schwierigkeit. Aber eben im Falle des destitutum testamentum kann man damit offenbar nicht ausreichen, da ja hier mit dem Todestage zuerst die Erbschaft den scripti heredes deferirt wird. Uns, die wir an den Gedanken einer ordinum successio gewöhnt sind, scheint das nicht die mindeste Schwierigkeit zu haben; indem, sobald die erste Delation von keinem Erfolg gewesen ist, man eine neue Berufung an die Nächstfolgenden annimmt [8]). Allein das ältere Civilrecht faßt die Sache in einer Weise auf, welche unverkennbar zeigt, daß man eine ordinum successio nicht bloß bei den einzelnen Intestatklassen, sondern auch von der testamentarischen zur Intestaterbfolge für etwas Unmögliches gehalten habe [9]).

---

vel auctoritate jura constituentium. — Ich glaube kaum, daß diese Worte einer Umstellung bedürfen (s. Heineccius de origine testamentifactionis etc. ritu testandi antiquo. — in der Opusc. var. sylloge. p. 972.). Es ist die interpretatio des fr. 2. §. 5. de orig. jur. gemeint; das jus, quod sine scripto venit, das reine Gewohnheitsrecht, hat den Satz der 12 Tafeln eingeschränkt, und ist in leges und von den Juristen anerkannt worden.

8) Direct ist dies freilich auch im Justinianischen Rechte nicht ausgesprochen.

9) Es ist nicht leicht, nachdem man einen freieren Gesichtskreis genommen hat, sich in einen engeren hineinzudenken und gleichsam einzuleben. Will man aber den Rechtszustand einer früheren Zeit in sich reproduciren, so ist dies ein unumgängliches Erforderniß. Es ist passend dies gerade in Beziehung auf den hier besprochenen Punkt zu bemerken, bei welchem man sagen kann, daß die Römer sich ganz

Der Grund, weßhalb unter den einzelnen Intestatklassen keine successio möglich sei, kann nur der gewesen sein, daß der heres in die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, ohne daß diese unterbrochen würde, eintreten solle, alles Recht des Erben sich daher auch vom Augenblicke des Todes datiren müsse, weil in dem später deferirten Erbrecht eine Unterbrechung der Persönlichkeit liegen würde. Dieser Grund, der nicht eine öftere successive Delation zuließ, paßt nun aber offenbar ebensogut auf das Verhältniß zwischen der testamentarischen und Intestaterbfolge, als auf das der einzelnen Intestatklassen unter einander. Also wenn mit dem Todestage die Erbschaft den scripti heredes deferirt ist, so kann später nicht eine neue Delation an die Intestaterben statt finden. Aber, wie bereits bemerkt, das spätere Röm. Recht läßt dieselben dennoch im Fall des destitutum testamentum zu, und erklärt dies in der Weise, als wenn die Intestaterbfolge gleich mit dem Tode, aber noch unter einer Bedingung, eröffnet worden wäre.

Man concipirte die allgemeine Regel: Jeder könne ab intestato Erbe werden, welcher zu der Zeit der Nächste sei, wo der Erblasser entschieden intestatus gestorben wäre [10]). Intestatus ist hier in einem weiteren Sinne genommen. Eigentlich kann das Wort, namentlich in der Verbindung mit decedere, nur bedeuten, es sterbe Jemand ohne Hinterlassung eines bei seinem Tode gültigen Testamentes. Hier indessen umfaßt es auch die Fälle, wo Jemand testatus gestorben ist,

---

unnütze Schwierigkeiten selbst aufgethürmt haben, die ein nur etwas freierer Blick mit Leichtigkeit zu überspringen vermag.

10) §. 7. J. de her. quae ab int. — Quum autem quaeritur, an quis suus heres exsistere possit, eo tempore quaerendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituto testamento Hac ratione si filius exheredatus fuerit, et extraneus heres institutus est, et filio mortuo postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet, quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos; et hoc certum est.

dessen Testament dann aber später wieder vernichtet wird [11]). Darin scheint ein Widerspruch zu liegen, der aber mehr in den Worten als in der Sache enthalten ist. Es soll damit ausgedrückt werden, daß auch die Intestatsuccession ganz auf die Todeszeit, das **decedere**, zurückbezogen wird, daß sie aber noch bedingt ist durch das Wegfallen eines gültigen Testamentes, und erst von hier an, wie bei jeder Bedingung der Fall ist, ihr eigentliches Dasein erhält.

Der Sache nach ist also beim **destitutum testamentum** ein wahrer Uebergang von der testamentarischen zur Intestatsuccession vorhanden, da man gerade das Testament anfangs für ein gültiges erkennen mußte, während man es, der Form nach, durch jene Regel an die Fälle anschloß, in denen von Anfang an kein gültiges Testament vorhanden war. Es fragt sich, wie und wann diese Regel, welche wir eben nur mit Stellen aus Justinians Institutionen belegt haben, die sich aber auch schon bei den klassischen Juristen findet [12]), entstanden sei?

Für eine Bestimmung der 12 Tafeln kann man sie aus dem schon angegebenen Grunde wohl unmöglich halten, denn wenn diese eine Succession der Intestaterbfolge auf die testamentarische anerkannt hätten, weßhalb sollten sie dasselbe nicht auch bei den einzelnen Intestatklassen haben gelten lassen? Auch das so allgemein redende Bruchstück der 12 Tafeln über die Kraft der Testamente wäre damit nicht zu vereinigen. „**Uti pater legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.**“ Das Testament ist ein Gesetz für alle Interessirten, es vernichtet von vorn herein den Anspruch der legitimen Erben, also kann dieser Anspruch nicht dadurch wieder Kraft erhalten, daß aus jenem Gesetze Niemand Anders Rechte ableitet. Weil man nur eine einmalige Delation für möglich hielt, so mußten beim **destitutum testamentum** die **bona**

---

11) pr. J. de her. quae ab int. Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres exstitit. Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. 3 §. 1.

12) fr. 2. §. 5 u. 6. de suis et legit. hered.

ebensogut erblos werden, wie wenn der berufene **proximus agnatus** verzichtet hatte, und auch noch so viele entferntere Agnaten und Gentilen vorhanden waren. Der ganze Satz **in legitimis hereditatibus non datur successio** ist gar nicht für eine ausdrückliche Vorschrift der 12 Tafeln zu halten, sondern es war eine Rechtsansicht der damaligen strengen Zeit, aus der die Conception der 12 Tafeln selbst hervorging, und welche dann wieder in dieser ihre Stütze fand. Um so weniger kann sie sich aber auf die Intestatklassen beschränkt haben.

Gerade in der Strenge dieser Rechtsansicht liegt der Grund, daß man später auf Mittel sann, um der Creditoren und Pontifen willen eine **successio** einzuführen. Die **b. p.** trat an die Stelle der **cretio** und **pro herede usucapio**, und erst durch das Prätorische **successorium edictum** gewann man einen freieren Gesichtspunkt, man sah ein, daß man sehr wohl einen erst nach dem **mortis tempus** beginnenden Zeitpunct der Delation annehmen könne, ohne das juristische Princip aufgeben zu brauchen, daß für den wirklich eintretenden Erben sich Alles auf den Augenblick des Todes zurückbeziehe [13]). Ist es zu verwundern daß der durch das Prätorische Edict freier gewordene Blick sich auf das Civilrecht zurückwandte, um ihm, so viel irgend möglich war, eine minder schroffe Gestalt zu geben. Wer mit solcher Absicht die Interpretation der 12 Tafeln versuchte, dem boten sich freilich rücksichtlich der einzelnen Intestatklassen unübersteigliche Hindernisse dar, weil nach den 12 Tafeln zu bestimmt nur dann ein Erbrecht für die folgende Klasse entstand, wenn überall Keiner aus der vorigen Klasse vorhanden war. Aber rücksichtlich der **successio** von Intestaterben auf die testamentarischen, waren die Worte so gefaßt, daß sich eine mildernde Interpretation daran knüpfen ließ. Wir sind im Stande dies noch ziemlich sicher wiederzuerkennen. Die 12 Tafeln sagten:

Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto [14]).

13) fr. 193. de regul. jur.
14) Ulp. XXVI. 1.

Man nahm diese Worte: si int. moritur jetzt in dem schon erörterten weiteren Sinn, indem man auch den cui nemo ex testamento heres exstitit, als intestatus ansah (s. Note 11). Man dachte nicht daran, wirklich nun den Fall des destitutum test. in aller Weise auf gleiche Stufe zu stellen mit den Fällen, in denen gar kein Testament zur Todeszeit vorhanden ist, man hat vielmehr stets den bedeutenden Unterschied erkannt, der zwischen dem einen und den anderen herrschte. Aber indem man hier in der That eine partielle ordinum successio in's Civilrecht bringen wollte, mußte man sich den Worten der 12 Tafeln accommodiren. Man legte dem Worte intestatus einen weiteren Sinn bei, den es an sich nicht hatte, und so stellte man, augenscheinlich sich ganz an die Gesetzesworte haltend, jene Regel auf, daß der Delationszeitpunkt der Intestaterbfolge nicht immer das mortis tempus, sondern der Augenblick sei, quo certum fuit, aliquem intestatum decessisse. So erreichte man es, daß die Destitution des Testamentes (welche auch Justinian in der Note 10 citirten Stelle vorzüglich hervorhebt) eine wahre ordinum successio zur Folge hatte, und man konnte auch keinen Augenblick zögern, als das Notherbenrecht der sui aufkam, das durch einen postumus rumpirte Testament (s. Note 7) ganz aus demselben Gesichtspunkte zu betrachten.

§. 23. Das Resultat des vorigen § läßt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Es gab anfangs im Civilrecht auch keine successio von der testamentarischen auf die Intestaterbfolge [1]); erst später ist sie, wahrscheinlich auf Veranlassung der schon be-

---

1) So ist denn auch der Satz: in legitimis hereditatibus nulla est successio aus späterer Zeit. Früher muß er etwa gelautet haben: In omnibus hereditatibus nulla est successio; oder es muß das Wort „legitimis" in einem weiteren Sinn genommen sein, den Ulpian in fr. 130. de V. S. andeutet, und den auch Gaius kennt, indem er IV. 34. die legitima successio der prätorischen entgegensetzt.

stehenden b. p., aus einer erweiternden Interpretation der 12 Tafeln hervorgegangen.

Wir dürfen indeß diesen Punkt nicht verlassen, ohne daraus noch die unmittelbar sich ergebenden Folgerungen abzuleiten, und anderntheils ihn durch einige sich darbietende Argumente zu befestigen. — Der durch die Interpretation der 12 Tafeln bedingte Satz: **tempus spectandum esse, quo certum sit, aliquem intestatum decessisse**, sagt einerseits zu viel, und man war keineswegs gemeint alle darin liegenden Consequenzen für gültig anzuerkennen; und umgekehrt ist damit wieder nicht ausdrücklich gesagt, was man damit eigentlich hat erreichen wollen. Beides erklärt sich daraus, daß man um das Civilrecht zu verändern, sich formell an die Worte der 12 Tafeln binden mußte, dabei aber sehr wohl wußte, was der wahre Sinn der Rechtsänderung sei. Daß jene Regel zu viel sage, läßt sich leicht nachweisen. Es liegt darin, daß ein **destitutum testamentum** so angesehen werden soll, als wenn gar kein Testament errichtet, oder nur eine Urkunde vorhanden wäre, die von Anfang an nicht als ein gültiges Testament erscheint. Aber bekanntlich ist dies kein allgemein gültiger Satz, denn ein **dest. test.** hat z. B. doch immer die Kraft ein früheres Testament zu rumpiren. Wir haben also anzunehmen, daß diese Gleichstellung der Destitution mit anderen Testamentsmängeln lediglich auf den einen Punkt zu beziehen ist, um dessentwillen man sie aufgestellt hat, nämlich um daraus die **successio** der Intestaterben zu rechtfertigen. Aber darin liegt auch zugleich, daß die Regel zu wenig sagt, denn man sprach nicht direct aus was man wollte, man erkannte nicht unmittelbar an, daß eine Aufeinanderfolge zwischen testamentarischen und Intestaterbschaft bestehe, man drückte den Worten nach, um mit den 12 Tafeln nicht in Conflict zu gerathen, etwas Anderes aus, das aber doch dem Wesen nach wirklich jenes Resultat in sich enthielt.

Daraus folgt, wie wir im Justinianischen Recht, das ja auch unsere Regel recipirt hat, dieselbe aufzufassen habe. Wir müssen nicht mehr und nicht weniger darin finden, als wenn ausdrücklich gesagt wäre, daß ebenso wie unter den Intestatklassen der

Nov. 118, so auch von der testamentarischen zur Intestatordnung eine Reihenfolge der Berufung statt finde, und wir dürfen nicht im Geringsten Bedenken tragen, dies stets als eine ganz neue Delation anzusehen [2]. —

Kehren wir von diesem historischen Endpunkte noch einmal zu dem Anfangspunkte zurück. Es ist im vorigen § gezeigt, daß die besprochene partielle successio ordinum in der älteren Zeit nach den 12 Tafeln nicht bestanden haben könne; daß sie wohl erst durch die schon bestehende b. p. hervorgerufen sei, ist eine zugleich geäußerte Vermuthung, die ich freilich nicht direct beweisen kann, die mir aber die innere Wahrscheinlichkeit für sich zu haben scheint [3]. Indeß kommt hierauf weniger an, während jener andere Satz, daß überhaupt diese partielle successio einer erst späteren Zeit angehöre, von Wichtigkeit ist; und dafür muß nun noch, abgesehen von den schon angegebenen Gründen, das Zeugniß des Gaius erwähnt werden, um so mehr weil dessen Worte auf den ersten Blick gegen die hier vorgetragene Ansicht zu sprechen scheinen. Gaius sagt III. 11., indem er von der civilrechtlichen Klasse der Agnaten redet:

> **Non tamen omnibus simul agnatis dat lex duodecim tabularum hereditatem, sed his qui, tunc cum certum est aliquem intestato decessisse, proximo gradu sunt.**

Hier scheint geradezu gesagt zu sein, daß bereits die 12 Tafeln selbst diesen Zeitpunkt der Delation angeordnet hätten. Aber es ist zu bemerken, daß die gesperrt gedruckten Worte

2) Dies ist ausdrücklich in einer Stelle von Ulpian ausgesprochen. fr. 70. pr. de a. vel. o. her. — In plurium heredum gradibus hoc servandum est, ut, si testamentum proferatur, prius a scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet, etiam si idem sit, ad quem utroque modo pertineat; nam hoc gradatim consequitur, ut prius ex testamento delatam, deinde legitimam repudiet. Idem juris est in bon. possessione, ut prius scriptus repellat b. possessionem, deinde is qui ab intestato petere potest. —

3) Ein Argument wird sich dem tiefer Sehenden noch aus der in der vorigen Note citirten Stelle darbieten. Vergl. fr. 69. de a. vel o. her. u. fr. 10. de jure deliber.

einen Zwischensatz bilden, die keineswegs eine logische Nothwendigkeit uns zwingt, ebenso wie den Hauptsatz für eine Bestimmung des Gesetzes zu halten. Wenn dies der Fall wäre, so würden sie doch dann ebenso wie bei Gaius in der Form eines Zwischensatzes, in den 12 Tafeln gestanden haben, denn wenn man zugeben will, Gaius habe sie anders woher genommen, so läßt sich dann ebensogut denken, daß sie aus einer anderen Quelle des Civilrechts genommen seien, als aus einer anderen Stelle der 12 Tafeln. In diesen aber war, wie wir aus dem uns erhaltenen Bruchstück sehen, (s. §. 22 Note 13) jener Zwischensatz bei der Agnatenklasse nicht gemacht. Ueberdem ist ja jene Regel eine sich auf alle Intestatklassen im Verhältniß zur testamentarischen Erbfolge beziehende, und also auch nicht wahrscheinlich, daß die 12 Tafeln sie gleich hinter jenen §. 22 Note 13 citirten Worten in einem uns nicht erhaltenen Satze [4]) vorgetragen hätten, was auch deßhalb nicht anzunehmen ist, weil Paulus dieselbe nicht bei der Agnatenklasse sondern bei der der sui erwähnt [5]).

Wenn also der fragliche Zwischensatz kein rein mit dem Hauptsatze von Gaius aus den 12 Tafeln geschöpfter sein kann, so verschwindet auch der allerdings vorhandene Schein, als wenn er denselben überhaupt dem Gesetze entlehnt hätte, und so kann das Gewicht der Gründe, wonach wir ihm einen späteren Ursprung angewiesen haben, durch die angeführte Stelle nicht geschwächt werden. Gaius schob bloß um der Kürze willen hier eine Rechtsregel ein, welche er ebensogut bei jeder der anderen Intestatklassen hätte erwähnen können, und die, wenn er weitläuftiger, dann aber auch deutlicher gewesen wäre, selbständig in Beziehung auf alle Klassen vorgetragen haben würde. Daß dem wirklich so sei, sehen wir aus den gleich folgenden Worten des Gaius selbst, der im §. 13 jenen Zwischensatz noch einmal wieder aufnimmt, also wohl selbst zu kurz und undeutlich gefunden haben muß. Aus der Art, wie er denselben hier

---

4) Ueberhaupt glaube ich, daß man annehmen darf, die 12 Tafeln haben selbst nicht Mehr über die einzelnen Erbklassen enthalten, als uns in Ulp. XI. 14. — XXVI. 1. u. Collat. XVI. 4. aufbewahrt ist. Die Gründe würden hier zu weit führen.

5) Coll. leg. Mos. et R. XVI. 3. §. 11.

weiter interpretirt, sehen wir zur Genüge, daß das Ganze keine Bestimmung der 12 Tafeln gewesen sein könne, es verschwinden also die Zweifel, die der §. 11. allenfalls erregen könnte.

Ideo autem non mortis tempore, quis proximus sit, requirimus, sed eo tempore quo certum fuerit aliquem intestatum decessisse, quia si quis testamento facto decesserit, melius esse visum est, tunc ex iis requiri proximum, quum certum esse coeperit, neminem ex eo testamento fore heredem.

Gaius findet es für gut, den im §. 11. vorgetragenen Satz noch besonders zu rechtfertigen, indem er auf die Möglichkeit der Destitution des Testamentes hinweist, wo denn ohne jenen Satz eine Erblosigkeit des Nachlasses eingetreten wäre. Daß er aber überhaupt eine Rechtfertigung unternimmt, zeigt, daß die 12 Tafeln diese Bestimmung noch nicht gemacht haben können, denn diese standen in solchem Ansehen, daß ihre guten Vorschriften nicht weiter gelobt zu werden brauchten. Im Gegentheil muß es, weil man sie rechtfertigte, eine Regel gewesen sein, die an sich dem Willen der 12 Tafeln entgegentrat, aber diesem doch wegen ihrer Brauchbarkeit gleichsam untergeschoben wurde. Und so erkennen wir denn auch diese durch die Interpretation der Juristen geschehene Reception aus den einzelnen Worten: **requirimus**, **visum est**, womit eine gesetzliche Bestimmung unmöglich gemeint sein kann. —

Zugleich läßt sich nun auch erklären, weshalb die ganze Rechtsregel von Gaius bei der einzelnen Klasse der **agnati**, von Paulus bei der der **sui** erwähnt wird, während sie doch eigentlich einen ganz anderen Platz verdient hätte? Eben weil sie aus den Worten „**si intestatus moritur**“ herausinterpretirt war, also aus den Anfangsworten des Satzes, in welchem die 12 Tafeln mit möglichster Kürze die Klassen der **sui** und **agnati** zusammengedrängt hatten.

§. 24. Nachdem jetzt die civilrechtliche Unzulässigkeit einer **successio ordinum** geprüft ist, kann der im Anfange des §. 22. angesponnene Faden wieder aufgenommen werden. Es wurde dort bemerkt, daß die ganze vom Prätor eingeführte

ordinum successio ein lediglich relatives Verhältniß ist, welches davon abhängt, in welcher Klasse der civilrechtliche heres steht. Das successorium edictum hat gerade ebensoviel Erbklassen als das Civilrecht, aber es ließ sich doch sehr viel mehr damit ausrichten, weil alle Klassen in eine bestimmte Zeit eingeschlossen waren, und somit die später Stehenden in die Stelle des vor ihnen berufenen heres einrücken konnten. Wir haben also als den Fundamentalsatz stets festzuhalten, daß der Prätor vor Allem den heres selbst zu sich ruft (§. 19—21.), daß er mithin alle Klassen des Civilrechts nacheinander berufen muß. Darin liegt denn aber auch zugleich, daß er, wenn der heres in einer früheren Klasse steht, die späteren Klassen nur als einstweilige Repräsentanten des heres ruft, welche auch nach Civilrecht wirkliche heredes sein würden, wenn sie, ebenso wie sie die b. p. agnoscirt haben, die vom Civilrecht zunächst Berufenen wären. —

Indem wir hier diesen Satz, abgesehen von den im ersten Kapitel enthaltenen Gründen, beweisen wollen, muß sich die Argumentation in zwei Theile trennen. Es muß zuerst positiv dargethan werden, daß das successorium edictum an und für sich Nichts, als eine Aufeinanderfolge der civilrechtlichen Klassen gewesen sei, worauf denn zweitens die genaueren Bedingungen in's Auge zu fassen sind, unter denen der Prätor dem Einzelnen das Repräsentationsrecht des heres gegeben habe (§. 26 ff.).

Jener erste Beweis beruht auf der Interpretation der ächten Edictsworte, welche uns glücklicherweise erhalten sind. Es leuchtet ein, daß in ihr der eigentliche Schwerpunkt einer jeden Ansicht über Ursprung und Begriff der b. p. concentrirt ist; und wir werden dadurch aufgefordert, bei ihr mit ganz vorzüglicher Schärfe und Genauigkeit zu Werke zu gehen, um so mehr, weil die bisherigen Erklärungsversuche, wie gezeigt werden wird, noch nicht in allen Punkten die richtigen sind.

Cicero bringt in seiner Anklage gegen den Verres un-

ter anderen Anschuldigungsgründen auch den vor, daß Verres als Praetor urbanus das Edict unrechtmäßiger Weise und in Folge einer Bestechung verändert habe (II. 1. cap. 44—46). Dabei wird die Stelle des bisherigen Edictes, wie es translatitium geworden war, mitgetheilt, und dem Verrinischen Edicte gegenübergestellt. Diese von Cicero vorgenommene Vergleichung ist indeß für das Verständniß der älteren Edictsworte selbst zu wichtig, als daß nicht der ganze Anklagepunkt unverstümmelt hier mitgetheilt werden müßte.

> Posteaquam jus Praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus: *si tabulae testamenti non proferrentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur*. Quare hoc sit aequissimum, facile est docere: sed in re tam usitata satis est ostendere, omnes antea jus ita dixisse, et hoc vetus edictum translatitiumque esse (§. 115.). Cognoscite aliud hominis in re vetere edictum novum: et simul, dum est unde jus civile discatur, adolescentes ei in disciplinam tradite. Mirum est hominis ingenium, mira prudentia. —
>
> Minucius quidam mortuus est ante istum Praetorem. Ejus testamentum erat nullum. Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data. Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tunc non exstaret, lege ageret in hereditatem: aut pro praede litis vindiciarum quum satis accepisset, sponsionem faceret, et ita de hereditate certaret. Hoc opinor jure et majores nostri et nos semper usi sumus. Videte ut hoc iste correxerit:
>
> (§. 116.) Componit edictum iis verbis, ut quivis intelligere possit, unius hominis causa conscriptum esse. Tantum, quod hominem non nominat: causam quidem totam perscribit; jus, consuetudi-

nem, aequitatem, edicta omnium negligit. (Ex edicto urbano:) *Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet.* — Quid id ad Praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? ergo quia possessor est, non moves possessione? Si possessor non esset, non dares. Nusquam enim scribis, neque aliud quidquam edicto complecteris, nisi eam causam, pro qua pecuniam acceperas. (§. 117.) Iam hoc ridiculum est. —

Si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti non minus multis signis quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo. Hoc translatitium est, sequi illud oportet: *si tabulae testamenti non proferentur.* — Quid ait? se ei daturum, qui se dicat heredem esse. — Quid ergo interest, proferantur, necne? si protulerit: uno signo ut sit minus, quam ex lege oportet, non des possessionem, si omnino tabulas non proferet, dabis. Quid nunc dicam? Neminem unquam postea alium edixisse? Valde sit mirum, neminem fuisse, qui istius se similem dici vellet? Ipse in Siciliensi edicto hoc non habet; exegerat enim jam mercedem: item ut illo edicto, de quo ante dixi, in Sicilia de hereditatum possessionibus dandis, edixit idem, quod omnes Romae praeter istum. (Ex edicto Siciliensi) *Si de hereditate ambigitur.* (§. 118.) At per deos immortales, quid est, quod de hoc dici possit? Iterum enim jam quaero abs te, sicut modo in illo capite Anniano de mulierum hereditatibus, nunc in hoc de hereditatum possessionibus, cur ea capita in edictum provinciale transferre nolueris? Utrum digniores homines existimasti eos, qui habitant in provincia, quam nos, qui aequo jure uteremur? an aliud Romae aequum est, aliud in Sicilia? Non enim hoc potest hoc loco dici, multa esse in provinciis aliter edicenda:

non de hereditatum possessionibus, non de mulierum hereditatibus. Nam utroque genere video non modo ceteros, sed te ipsum totidem verbis edixisse, quod verbis edici Romae solet. Quae Romae magna cum infamia, pretio accepto edixeras, ea sola te, ne gratis in provincia male audires, ex edicto Siciliensi sustulisse video.

Aus dieser Stelle lassen sich die factischen Voraussetzungen des ganzen Falles leicht construiren. Es war ein gewisser Minucius, noch ehe Verres seine Prätur antrat, ohne Hinterlassung eines Testamentes gestorben. Ein Anderer, der ein Intestaterbrecht nicht weiter geltend machen konnte, setzte sich sogleich in den Besitz des Vermögens [1]), bestach, wie nun Cicero behauptet, den Verres, daß er ihm als Prätor, mittelst Ertheilung der bonorum possessio [2]), Schutz darin gewähren möge. Ein Testament konnte dieser Erbprätendent ebenfalls nicht für sich anführen, deßhalb, sagt Cicero, war nach dem bisherigen Edicte für ihn gar kein Weg möglich, zur bon. possessio zu gelangen. Dieselbe kam vielmehr, da kein Testament vorhanden war, den von den 12 Tafeln gerufenen Intestaterben, nämlich der gens Minucia zu; und angenommen, jener pro herede Usucapient sei in Wahrheit der testamentarische Erbe gewesen, so wäre doch ganz mit Recht der gens Minucia die b. p. ertheilt worden, weil er wenigstens in der für die b. p. anberaumten Frist das Testament nicht hatte vorbringen können („quod tum non exstaret"). Jeder also, der scriptus heres zu sein behauptete, hätte nach dem translatitium edictum gegen die rechtmäßig zu bonorum possessores constituirten Gentilen die hereditatis petitio (in Form der legis actio oder per sponsionem [3]) anstellen müssen. Da aber hiebei der Beweis eines Testamentes wiederum nöthig gewesen wäre, ein solches aber vom Minucius gar nicht hin-

1) Er war also pro herede Usucapient der res hereditariae.

2) Oder vielmehr hereditatis possessio, wie Cicero sie hier ganz constant nennt. Ebenso ad Attic. VI. 1. §. 12.

3) Gai. IV. 31. u. 92—95.

terlassen war, so konnte (das ist die stillschweigende Schlußfolgerung Cicero's im §. 115.) auch in dieser Weise jener Erbprätendent unmöglich ein Recht auf die Erbschaft erlangen [4]).

Derselbe vermogte also seine gewinnsüchtigen Plane nur zu erreichen, wenn Verres um seinetwillen das Edict änderte. Das geschah wirklich, und es muß folgendermaßen gelautet haben:

Ueberschrift: Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet.

„Si de hereditate ambigitur, et tabulae testamenti non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti hereditatem dabo; si tabulae testamenti non proferentur, ei dabo possessionem, qui se dicat heredem esse“.

Dagegen war die Conception des translatitium edictum diese:

Ueberschrift: Si de hereditate ambigitur.

„Si de hereditate ambigitur, et tabulae testamenti non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti hereditatem dabo; si tabulae testamenti non proferentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo.“

---

4) Es ist unverkennbar, wie Cicero hier die pro herede usucapio bereits als etwas Unrechtmäßiges, improbum, auffaßt, welches die bon. poss. in aller Weise unmöglich mache. Sollte darin nicht eine Bestätigung des im §. 21 Gesagten liegen, daß die b. p. mittelst des Int. quor. bon. eine Rescission der pro herede usucapio gewähre?

Daß in der That auf diese Weise die Edicte sowohl des Verres, als der früheren Prätoren abgefaßt gewesen seien, ist jetzt mit Berücksichtigung anderer abweichender Absichten nachzuweisen.

Fabricius[5]) hat bekanntlich den Ursprung der b. p. aus der Prätorischen Regulirung des Erbschaftsstreites abgeleitet. Sie sei ursprünglich nichts gewesen als eine Zuweisung des Besitzes, während der controversia de hereditate (die Ertheilung der Vindicien), und wenn hierin die hereditatis petitio mit der rei vindicatio auf gleicher Stufe gestanden hätte, so finde sich doch der Unterschied, daß bei einer Singularvindication der Prätor Jedem die Vindicien ertheilt habe, der sich gerade gegenwärtig im Besitze der Sache befand, während bei der hereditas petitio bestimmte Klassen aufgestellt seien, welchen der Besitz während des Erbschaftsprocesses im Vorzuge gegen beliebige dritte Besitzer zugesprochen werden solle. In diesen privilegirten Klassen sei vor Allem der ein äußerlich fehlerfreies Testament Vorweisende gerufen worden, sobald aber kein solches Testament vorgelegen habe, der, welcher nach Intestaterbrecht zur Succession gerufen sei. Daraus habe sich dann erst später eine Zuweisung des Besitzes entwickelt, auch ohne daß bereits ein bestimmter Kläger aufgetreten sei, welcher die hereditatis petitio anzustellen beabsichtigte. — Es läßt sich nicht läugnen, daß diese Ansicht wegen der wenigen bei ihr erforderlichen Anknüpfungspunkte etwas sehr Bestechendes hat; indem man sie sehr leicht versteht, wird man unvermerkt dazu geführt, sie auch für richtig zu halten[6]).

---

5) Ursprung und Entwicklung der b. p. bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum. Berlin 1837. bes. S 23—26. — Gegen die Fabricius'sche Ansicht, die auch ich eine Zeitlang für die richtige hielt, ist neuerdings noch wieder aufgetreten v. Löhr, in seinem Magazin IV. S. 408. — Neben den von ihm gegebenen lesenswerthen Bemerkungen, ist, wie ich glaube, die hier im Texte gegebene Entwicklung nicht unnütz geworden, welche ich früher geschrieben hatte, als mir von Löhr's Abhandlung zu Gesicht kam.

6) So kommt es, daß schon Dernburg (Beitr. zur Gesch. der Röm. Test.) und Franke (im Notherbenrechte) sie mehr oder minder ausführlich ausgesprochen haben.

Indessen kann sie gegen eine schärfere Prüfung nicht bestehen, und so hat namentlich Huschke in einer musterhaften Recension [7]) sich gegen dieselbe erklärt.

Zu der Huschkeschen Widerlegung der inneren Gründe, aus welchen Fabricius es ableitet, daß die Vindicien bei der hereditatis petitio nicht jedem Besitzer, sondern gewissen bevorzugten Personen hätten gegeben werden müssen, — braucht hier nichts hinzugefügt zu werden. Dagegen muß ich noch weiter eingehen auf die Interpretationsart unserer Ciceronianischen Stelle, welche Fabricius selbst als den eigentlichen und alleinigen Stützpunkt ansieht, wodurch seine Ansicht aus dem Gebiete der Speculationen und Hypothesen herausgehoben werde. Fabricius will nämlich aus Cicero beweisen, daß zu dessen Zeit die h. p. nur noch die processualische Ertheilung der Vindicien gewesen sei. Dagegen bemerkt schon Huschke, und das scheint mir völlig unwiderleglich, daß zu Cicero's Zeit die h. p. bereits das war, was Fabricius erst als spätere Entwicklung darstellt. — Im §. 115. führt Cicero weitläuftig aus, wie der Minucische Erbfall nach dem translatitium edictum behandelt worden wäre. Er sagt, die possessio würde der gens Minucia gegeben worden sein, und fügt ausdrücklich hinzu, erst später hätte dann ein jeder Erbprätendent gegen sie auftreten können. Also die h. p. wird vor dem Processe über die Erbschaft, und unabhängig von dem Auftreten eines hereditatis petitor gegeben. Sie kann mithin nicht ein Institut zur Regulirung der Proceßparteien gewesen sein. Ja noch mehr, Cicero sagt ganz ausdrücklich, es sei gar kein Testament vorhanden gewesen (ejus testamentum erat nullum [7a]),

7) Richtersche Jahrbücher 1839. 1 Heft. bes. S. 6—11. Auch Mühlenbruch ist wieder davon abgewichen, Pand. III. §. 620. Note 1., — während v. Vangerow sich derselben von Neuem angeschlossen hat: Pandekten II. S. 7. — so auch Danz Lehrb. der Gesch. des R. R. II. S. 47.

7a) Wenn v. Löhr a. a. O. voraussetzt, es sei hier ein Testament gemacht gewesen, das aber im Augenblick des Todes nicht mehr vorhanden war, so widerspricht das doch den angegebenen Worten, und wird auch nicht durch die anderen: quod tunc (oder cum) non

und die Gentilen seien auch nach Civilrecht die nächsten Intestaterben gewesen, also es wäre gar keine Möglichkeit vorhanden, daß der Erbprätendent als **hereditatis petitor** auftreten könne. Es sind dies aber Cicero's Stützpunkte, damit gleich Jeder einsähe, jenem Erbprätendenten sei nach dem **translatitium edictum** jeder Weg zur Erbschaft versperrt, weßhalb denn Verres nothwendig um seinetwillen das Edict selbst habe verändern müssen. Wenn aber Cicero sagt, die **b. p.** sei mit Recht ertheilt worden, wo die Unmöglichkeit einer **hereditatis petitio** vorliegt, und so sei es gehalten worden, so lange überhaupt eine **b. p.** bestehe, so ist doch damit die Ansicht des processualischen Ursprunges unmittelbar vernichtet [8]).

Aber auch das, was in unserer Stelle Fabricius Hypothese direct bestätigen soll, muß entschieden anders verstanden werden. Zuerst soll schon in den Anfangsworten des Edictes die Proceßregulirung angedeutet sein, indem: **si de hereditate**

---

exstaret unterstützt. — Indeß kommt hierauf nicht Viel an. — Auf eine andere Zweideutigkeit dieser Worte macht Fabricius a. a. O. Note 28. aufmerksam.

8) Man kann noch aus einer anderen Stelle eine Widerlegung der Fabricius'schen Ansicht ableiten. Nämlich aus Gai. IV. §. 16 u. 17. Dieser spricht hier von der Ertheilung der Vindicien bei den Vindicationen, und faßt dabei offenbar die hereditas unter ganz gleichem Gesichtspunkte mit der Singularvindication auf (similiter si de fundo, vel de aedibus sive de hereditate controversia erat — fiebat vindicatio), von diesem Allen gilt gleichmäßig: **Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes — dare.** — Diese Constituirung des possessor kann doch aber nur zwischen den beiden Personen geschwankt haben, die bei der Vindication allein vorkommen (secundum alterum eorum). Wäre aber Fabricius Ansicht richtig, so hätte bei der her. pet. oft ein Dritter vorkommen müssen. Z. B. Irgend ein Fremder setzt sich in den Besitz der Erbschaft, und jetzt treten die Intestaterben gegen ihn mit der her. pet. auf. Zu gleicher Zeit erscheint aber auch Jemand, der ein Testament für sich vorweist. Hier hätte dieser Letzte die Vindicien erhalten müssen, gegen den die Intestaterben gar nicht aufgetreten waren, und damit ist doch die Stelle des Gaius gar nicht vereinbar.

ambigitur so viel heiße als: „wenn ein Proceß über die Erbschaft ist.“ Ambigere heißt allerdings zweifelhaft sein, streiten, und umfaßt damit auch das wirkliche Processiren, aber dennoch ist es nie ein technischer Ausdruck für dieses [9]), und wenn des Prätors Edict sich bloß auf den formellen Erbschaftsproceß bezogen hätte, so konnte unmöglich ein Wort gebraucht werden, das alles Andere Zweifelhaftsein über die Erbschaft mit umfaßte. Dagegen leuchtet es ein, wie sehr dieser allgemeine Ausdruck: ambigitur unsere obige Ansicht bestätigt. Der Prätor kündigt sein Institut gleich für den Fall an, wenn Zweifel über die Erbschaft bestehen, also wenn man nicht weiß, wer der heres sei.

Das Weitere, was Fabricius für seine Ansicht anführt, hängt mit der Auffassung der einzelnen Vorwürfe zusammen, welche Cicero dem Verres wegen der unrechtmäßigen Edictsveränderung macht. Wer die Stelle vom §. 116. an unbefangen durchliest, wird, glaube ich, mit Nothwendigkeit darauf geführt, daß dem Verres zweierlei Veränderungen vorgeworfen werden; daß aber der zweite Tadel, welcher hinter den Worten: jam hoc ridiculum est beginnt [10]), der eigentlich bedeutende ist. Hier in den §. 117. und 118. wendet Cicero den ganzen Sturm der Rede an, während der im §. 116. enthaltene Tadel mehr der Ueberwältigung eines Vorpostens zu vergleichen ist.

Aber Fabricius, der diese beiden Theile der Anklage sehr wohl unterscheidet, dreht das Verhältniß derselben um. Er meint im §. 116. sei von der Edictsveränderung die Rede,

---

Mögte es daher nicht richtiger sein, die Worte Mühlenbruch's a. a. O. umzukehren? Jeder b. possessor, gegen den geklagt wurde, erhielt auch die Vindicien, aber nicht Jeder, der die Vindicien erhielt, war bonorum possessor. —

9) Huschke S. 9. unten. — Man wird also nicht Stellen wie Cic. Caecin. 8. Invent. II. 42. u. lex Rubr. II. 18. auch das in Dirksens Manuale noch citirte Fragment der lex Thoria gegen das im Text Gesagte anführen können.

10) Deßhalb ist dort in dem obigen Abdruck ein Absatz gemacht worden, und es ist unpassend, daß die Worte jam hoc ridiculum est, die so offenbar zum Vorhergehenden gehören, mit zu dem neuen §. 117. geschlagen sind.

wodurch Verres jenem Erbprätendenten, von dem er bestochen war, die Erbschaft habe zuweisen wollen, wogegen in den §. 117. und 118. nur noch von einem anderen Schleichwege die Rede sei, den sich Verres für seine Willkührlichkeiten offen gelassen habe, der aber mit jener Bestechung nicht im Zusammenhang stehe. Wie sehr dies mit der ganzen Stelle in schneidendem Widerspruch steht, leuchtet ein, auch wenn man sich noch gar nicht auf den Inhalt der beiden Vorwürfe einläßt. Cicero will ja eben darthun, daß Verres nichts ohne Bestechung gethan habe; deßhalb sagt er, sei das Sicilianische Edict wieder mit dem translatitium gleichlautend gewesen, weil er von jenem Erbprätendenten bereits Bezahlung erlangt hatte (exegerat enim jam pecuniam). Die weitläuftige Erörterung des §. 118. zeigt, daß die im §. 117., nicht die im §. 116., angegebene Edictsveränderung der eigentliche Kern der Anklage ist, daß sie hauptsächlich durch die Bestechung hervorgerufen ist.

Gehen wir indeß jetzt genauer auf den Inhalt der beiden Vorwürfe ein.

1) Fabricius [11]) leitet aus dem §. 116. folgenden Anfang des Verrinischen Edictes ab:

> Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet, tum, si tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis etc.

Damit habe nun Verres, abweichend vom bisherigen Edicte, welche nur eine Ertheilung der Vindicien secundum tabulas und ab intestato gekannt habe, — bestimmt:

> „Nur in dem Falle, wenn der gegenwärtige wirkliche Besitzer die hereditatis petitio als Beklagter aufzunehmen, und dem Gegner Sicherheit zu bestellen nicht Willens oder nicht im Stande ist, will ich die bon. poss. sec. tab. ertheilen; im entgegengesetzten Falle aber soll der jetzige Besitzer die Vindicien erhalten."

Nach dem Verrinischen Edict wären also jetzt 3 Hauptklassen gewesen, statt der bisherigen zwei:

a) Jeder der sich factisch in den Besitz der Erbschaft gesetzt habe;

---

11) A. a. O. S. 30.

b) der, welcher ein fehlerfreies Testament vorweist,

c) wer sich auf Intestaterbrecht beruft, oder nach des Verres Veränderung: qui se dicet heredem esse.

So sei es zu erklären, daß Verres dem angeblichen Testamentserben, der in Besitzergreifung der gens Minucia zuvorgekommen, und kein Testament vorweisen konnte, doch in Folge der neu aufgestellten ersten Klasse den Besitz gelassen habe. — Mithin sei die ganze Veränderung des Verres nichts als die Gleichstellung der hereditatis petitio mit der Singularvindication, bei welcher schon von jeher die Vindicien dem jeweiligen Besitzer ertheilt waren. —

Daß nun der §. 116. ganz anders zu verstehen sei, hat schon Huschke gezeigt. Die Worte: si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet sind die Ueberschrift, welche Verres über das ganze Kapitel von der b. p. setzte. Dies erhellt daraus, daß später Cicero den eigentlichen Context des Edictes angiebt, wie es Verres aufgestellt hat, und worin sich die Worte: si possessor sponsionem non faciet nicht finden. Cicero sagt im §. 117. ausdrücklich, die Worte: „si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti etc. bis hereditatem dabo“ [11a]) seien von Verres ganz unverändert dem translatitium edictum entnommen (hoc translatitium est), er tadelt ihn nur, daß er nicht auch mit den Worten des bisherigen Edictes fortgefahren habe. (Sequi illud oportet: si tabulae testamenti non proferentur). Danach kann also kein Zweifel mehr bleiben, daß Verres nicht durch Aufstellung einer neuen, noch vor die sec. tab. gesetzten, Klasse dem Erbprätendenten geholfen hat.

Wenn nun aber die fraglichen Worte nicht im Context gestanden haben, so bleibt nichts übrig, als sie für die Ueberschrift des Verrinischen Edictes zu halten, und es ist ja doch

---

11a) v. Löhr meint a. a. O. wir könnten nicht wissen, was vor den Worten: et tabulae testamenti gestanden habe. Aber mir scheint nicht zweifelhaft, daß sich dies unmittelbar an das: si de hereditate ambigetur anschloß. Weßhalb stände sonst nicht wieder ambigitur statt ambigetur? — Es war ja überhaupt die Eigenheit der Römer, daß sie die Anfangsworte eines Abschnitts zur Ueberschrift machten.

auch das Natürlichste von der Welt, daß Cicero, wenn er das Edict des Verres tadeln wollte, mit dem Titel, sobald sich schon in diesem Schwächen fanden, den Anfang machte. Endlich aber beweist auch das Präsens **ambigitur**, daß hier nur an eine Ueberschrift zu denken ist. Im Context heißt es **ambigetur**. —

Daß nun diese Ueberschrift, abgesehen von der Flexion, ebenso lautete wie die Edictsworte selbst, wird Niemand auffallend finden, der an die Titel: **quorum bonorum**, **quod legatorum**, **uti possidetis**, **utrubi etc.** denkt, welche im Edicte gewiß ebenso über dem Contexte standen, wie wir es in unseren Digesten finden [12]).

Aber, das ist nun die wichtigste Frage, was hatte denn Cicero gleich von vorn herein an diesem Titel zu tadeln? Die Art wie Huschke dies erklärt, kann ich nicht für richtig halten. Er meint, wahrscheinlich hätten die beiden Sätze **si de hereditate ambigitur**, und **si possessor sponsionem non faciet** im Sinne des Verres gar nicht zusammengehört. Er habe in der Ueberschrift nur die beiden Punkte angegeben, welche im Folgenden enthalten wären, und das sei: 1) von der Ertheilung der b. p. und 2) von dem Falle, wo der **possessor** keine Sponsion machen wollte, so daß also dies zweite, mag es verstanden werden wie es will [13]), mit der Ertheilung der b. p. gar nichts zu thun habe. Cicero aber stellte sich so, als verstände er den Verres nicht, um den Sinn hereinzubringen, als wenn ein jeder Besitzer zur Ertheilung der b. p. qualificirt sei. Dies ersehe man daraus, daß Cicero mit den Worten **jam hoc ridiculum est** („jedenfalls ist dies lächerlich") wiedereinlenke. Daß Verres in Folge der Bestechung die Ueberschrift gemacht habe, könne Cicero nicht meinen, denn

12) Huschke a. a. O. S. 10. — „Daß das prätorische Edict solche meistens von den Anfangsworten entlehnte Ueberschriften hatte, ist „ebenso bekannt, wie daß man danach zu citiren pflegte (Cic. Verr. II. 2, 13. 3, 13.), auch folgt hier gleich nachher wieder ein solches Citat. Ex edicto Siciliensi: si de hereditate ambigitur." —

13) Es wird davon unten noch weiter die Rede sein.

eine solche Bestechung sei nichts Lächerliches, sondern etwas Empörendes. —

Ob Verres wirklich hierbei in böser Absicht gehandelt habe oder nicht, wird sich wohl nie beweisen lassen, und es kommt darauf am Wenigsten an; wohl aber ist es wichtig zu untersuchen, ob Cicero selbst sich bei diesem Anklagepunkt verstelle, oder mit voller Ueberzeugung rede. Ich möchte das Letztere glauben. Im **translatitium edictum** hatte das Kapitel von der Ertheilung der **b. p.** nur die Ueberschrift: **si de hereditate ambigitur**, wie dies ja im §. 117. Cicero aus dem Sicilischen Edicte anführt, welches mit den **translatitium** wieder gleichlautend gewesen war. Indeß ist auch nicht der geringste Grund, anzunehmen, daß Verres als **praetor urbanus**, was er mit dem zweiten Theile der Ueberschrift: **si poss. spons. non fac.** bezeichnete, erst ganz neu erfunden habe. Wenn das der Fall wäre, so würden wir gewiß Cicero noch sehr vielmehr darüber sagen hören. Wir dürfen also wohl annehmen, daß der Titel **si possessor sp. n. fac.** auch schon im **translatitium edictum** enthalten war, und da sein Inhalt jedenfalls genau mit der **b. p.** zusammenhing, so ist es das Natürlichste, daß er gleich hinter dem Kapitel: **si de her. ambigitur** stand. Verres warf nun beide Kapitel in Eins zusammen, und verband denn auch die beiden bisher getrennten Ueberschriften. Ob er damit eine Zweideutigkeit erreichen w o l l t e, kann man unbeantwortet lassen. Aber jedenfalls war sie doch darin zu finden, und Cicero monirt sie im vollkommenen Ernst. — So lange nämlich das Kapitel **si possessor** hinter dem **si de hered.** stand, war es klar, daß das Wort **possessor** nur den bedeuten könne, dem im vorhergehenden Kapitel das R e c h t der **bon. possessio** zugesprochen war. Im Edicte des Verres dagegen konnte es scheinen, als sei damit jeder factische **possessor hereditatis** gemeint, weil nun erst im Folgenden die einzelnen Klassen genannt wurden; und dies ergreift nun Cicero um so mehr, da er gleich nachher zeigen will, daß durch die von Verres aufgestellten Prätorischen Klassen jeder beliebige Prätendent die Erbschaft bekommen könne. Ob Jemand ein R e c h t auf die Erbschaft habe (**o p o r t e a t possessorem esse**), darauf komme es dem Verres nicht an, sondern darauf, ob Jemand die

Erbschaft bereits besitze, damit dieser ihn gleich aus der Erbschaft bezahlen könne (Si possessor non esset, non dares). Es liegt darin eine höhnische Hinweisung auf den Erbprätendenten, der in so schlechten Umständen wäre, daß er den Verres für den Schutz der Beute nur aus der Beute selbst bezahlen könne.

Es ist sehr möglich daß Cicero hier den Verres ganz mit Unrecht tadelt, aber dabei ist Cicero doch nicht weniger ernsthaft. Der Sinn seines Tadels ist: man sehe gleich aus der Ueberschrift, worauf Verres hinaus wolle, und könne also auch gleich vermuthen, Verres müsse bestochen worden sein. „Schon das sei lächerlich." — Wenn Huschke die Worte jam hoc ridiculum est in dem Sinne nimmt: „doch das sind Späße", also wie wenn Cicero einen eben erhobenen Tadel damit zurücknähme, so scheint mir das mit der Ernsthaftigkeit des Handels nicht zusammenzupassen. Und wenn er meint, Cicero würde dies nicht etwas Lächerliches, sondern vielmehr Empörendes genannt haben, so läßt sich dagegen einwenden, daß eine empörende oder verächtliche Handlung, die so vorgenommen wird, daß ein Jeder gleich die unlautere Triebfeder erkennt, — stets wegen dieser Dummheit des Handelnden auch lächerlich ist. So kommt es, daß das Wort ridiculum leicht die Nebenbedeutung des Verächtlichen hat [14].

2) Während Cicero im §. 116. mehr eine Einleitung zu dem eigentlichen Anklagepunkte giebt, aus der man indessen bereits die Absicht des Verres ersehen könne, — so folgt nun im §. 117 u. 118. der Tadel der Edictsveränderung, wodurch gerade jener Erbschaftsprätendent autorisirt werden sollte, den

---

14) Scheller citirt eine Stelle aus Hieronymus: „non ridiculosa, i. e. risu digna, ut scribis, sed ridicula, i. e. contemtu digna mihi forte res accidit." —

Huschke giebt noch eine andere Erklärung der Worte jam hoc ridiculum est, wonach sie nicht zum Vorhergehenden, sondern zum Folgenden gehören sollten. Aber er legt selbst kein großes Gewicht darauf, und mir scheint sie deßhalb unmöglich, weil Cicero vom Folgenden sagt, es sei translatitium edictum, und dem keinen völligen Glauben beizumessen, ist kein Grund vorhanden.

Gentilen gegenüber die Erbschaft zu behalten. Es wird zuerst der Satz angegeben, den das Verrinische und translatitium edictum mit einander gemein hatten. Dann aber folgte die Bestimmung: **si tabulae testamenti non proferentur, ei possessionem dabo, qui se dicet heredem esse.** — Schon aus dem emphatischen **quid ait?** sehen wir, daß in dieser Conception des Edicts der Vorwurf Cicero's liegt, und es wird dies, wie ich glaube, dadurch unzweifelhaft gemacht, daß Cicero den ganzen Minucianischen Fall mit Anführung der Worte beginnt, welche statt jenes Passus im translatitium edictum standen; nach deren Anwendung auf die Erbschaft des Minucius dann die Frage aufgeworfen wird: **Videte ut hoc iste correxerit** [15])?

In den Worten **ei, qui se dicet heredem esse** liegt eine Zwei- oder vielmehr Dreideutigkeit. Wenn man nämlich den Ton auf **heredem** legt, und bedenkt, daß darunter meist, im Gegensatz des **scriptus heres**, der Intestaterbe verstanden wurde, so kann man ganz dasselbe darin finden, als was bisher im translatitium edictum stand. „Wenn kein Testament vorgewiesen wird, so soll der auf Intestaterbrecht sich Berufende die b. p. haben.“ Man nähme damit stillschweigend an, daß der Bewerber sich auch mit Grund darauf beriefe; und man konnte dies sehr füglich bei einem Institute supponiren, wo die wirkliche Ertheilung der b. p. noch immer von der Entscheidung des Prätors abhing, von dem sich vermuthen ließ, daß er auf ganz grundlose Behauptungen nicht eingehen werde.

Zweitens ließen sich die Worte so verstehen, als wollte Verres nur das successive Verhältniß der drei Intestaterbklassen aufheben, um die Erbschaftsangelegenheiten durch einmaliges Herbeirufen sämmtlicher Intestaterben noch weit schneller als bisher zu erledigen.

15) Huschke a. a. O. „Auch sieht man aus dem Folgenden in Verbindung mit der Einleitung des ganzen Falles am Ende v. c. 44. „daß das, was Cicero als wirklich schlecht, und von Verres gegen „die **gens Minucia** benutzt darstellt, die Worte **ei qui se dicet** „**heredem esse**, waren.“

Drittens aber war auch die Auslegung möglich, als wolle Verres Jedem, der bloß dicat (und zwar ohne alle weitere Rechtfertigung) se heredem esse, die b. p. zu ertheilen befugt sein. —

Mag nun, wer dem Verres geneigt ist, diese Undeutlichkeit seiner bloßen Rechtsunkenntniß zuschreiben, oder mag man sie als vom Verres beabsichtigt annehmen, jedenfalls behauptet Cicero, daß die dritte Interpretation die gewesen sei, auf die Verres ausging, und um ihrentwillen hat er den ganzen Fall den Richtern vorgetragen. Und das ist der Hauptpunkt, der zu beweisen war, um die Art zu rechtfertigen, wie ich oben das Verrinische und das translatitium edictum reconstruirt habe.

§. 25. Es bleibt uns jetzt noch übrig, die eigentliche Anwendung von dem zu machen, was wir im vorigen § gewonnen haben; nämlich die Interpretation der aus der Ciceronianischen Stelle geschöpften Edictsworte.

Es scheint mir unverkennbar daraus hervorzugehen, daß das eigentliche Wesen der b. p. genau mit den civilrechtlichen ordines zusammenhängt, und Cicero sagt es ja außerdem noch ausdrücklich, daß aus dem Civilrecht der gens Minucia auch ihr Anspruch auf die bon. poss. folge. So sagt er, sei es von Anfang an, so lange eine b. p. bestanden habe, gewesen. Und darin liegt denn auch der Beweis, daß neue Prätorische Erbklassen erst späteren Ursprungs sein können. Denn für sie bestand doch immer noch ein anderer Veranlassungsgrund, als der welcher die successio unter den civilrechtlichen ordines hervorrief. Eine gleichzeitige Einführung dieser letzteren und jener neuen ordines zu vermuthen, dazu bietet uns die langsame und allmählige Römische Rechtsentwicklung nicht die geringsten Anhaltspunkte, und so bleibt nichts Anderes übrig, als das Eine, was nach Cicero's Zeugniß von Anfang an bestanden hat, als das ursprünglich Einzige anzunehmen, zu dem dann das Andere erst nach und nach hinzukam [1]).

1) Die positiven Beweise für den späteren Ursprung der neuen Erbklassen, werden im zweiten Buch geliefert werden.

Damit soll nicht gesagt sein, daß nicht zu Cicero's Zeit schon neue Prätorische ordines bestanden hätten. Es wird sich vielmehr rücksichtlich der supplendi juris civilis causa aufgestellten weiter unten das Gegentheil finden, dagegen, daß es bereits eine contra tab. b. p. und die damit genau zusammenhängende b. p. unde liberi gegeben habe, scheint mir mit unseren Edictsworten unvereinbar. Betrachten wir dieselben im Einzelnen.

1) Vor allen Anderen (potissimum), sagt der Prätor, werde ich dem Testamentserben die hereditas geben

Huschke (S. 4.) meint hier, man müsse statt hereditatem: possessionem (oder possessionem hereditatis) lesen, da sich in den Handschriften theils dieses, theils jenes Wort finde. Indessen wie die Abschreiber statt hereditatem: possessionem setzen konnten, ist sehr leicht zu erklären, nicht wohl aber umgekehrt. Und ebensogut wie es hieß, der Prätor gebe dem bonorum possessor das dominium, (s. oben §. 14.) so konnte man auch sagen, er ertheile die hereditas, und vor Allem ließ sich dies von dem Testamentserben sagen, der ja, vorausgesetzt daß das Testament ein völlig gültiges war, durch das Civilrecht Allen vorangestellt wurde. Die b. p. war für ihn nichts Anderes, als eine Berufung um vor dem Prätor die hereditatis aditio vorzunehmen, wofür ihm dieser wieder die Besitzergreifung erleichterte (§. 19—21.), und wie konnte dies besser ausgedrückt werden als durch hereditatem dabo, indem damit zugleich angedeutet ist, daß in der Ertheilung der b. p. die hereditatis aditio liegen solle?

Der Einwurf, der mir hier nach den jetzt herrschenden Ansichten gemacht, und bald näher beleuchtet werden wird, ist, daß ja der Prätor sich nicht nach allen Richtungen hin beweisen ließ, daß das Testament ein vollkommen gültiges sei. Indem man bloß die 7 Siegel nachzuweisen brauchte, konnte es aus vielen anderen Gründen nichtig sein, und doch wurde eine b. p. gegeben, die also unmöglich eine hereditatis aditio war.

Vorerst nur folgende Antwort: Wenn der Prätor sich das Nichtvorhandensein aller Infirmationsgründe des Testamentes hätte beweisen lassen wollen, so würde wohl Nie-

mand wegen dieses diabolischen Beweises von ihm die b. p. sec. tab. verlangt haben. Vielmehr präsumirte er auf gewisse Data hin die Gültigkeit des Testamentes, fingirte den Vorweisenden als scriptus heres, und überwies ihm die hereditas. Stimmte nun die Präsumtion mit der Wirklichkeit überein, d. h. war (was doch immer das häufigste ist) das Testament ein den Regeln des Civilrechts durchaus entsprechendes, also vollkommen gültig, so hatte ja dann in der Agnition der b. p. die wirkliche hereditatis aditio gelegen; es war also das vom Prätor beabsichtigte Resultat erlangt, während freilich jeder wußte, daß anfangs bei der Ertheilung der b. p. in Folge der Testamentsvorzeigung nur die fingirte hereditas, (das fingirte dominium etc.) zugesichert werden konnte. Was aber der Erfolg gewesen sei, wenn nach Ertheilung der b. p. die Präsumtion sich als unrichtig auswies, d. h. irgend ein Vernichtungsgrund des Testamentes offenbar wurde, werden wir alsbald sehen.

2) Wurde nun kein Testament in der festgesetzten Frist vorgebracht (si tabulae testamenti non proferentur), so präsumirte der Prätor, es sei gar kein Testament vorhanden, es sei also der Erblasser intestatus gestorben (si is intestato mortuus esset), und ließ danach von der testamentarischen zur Intestaterbfolge eine Successio in der Delation eintreten [2]). Dieselbe Successio mußte nun aber wieder bei den einzelnen Intestatklassen statt finden; und wie drückte dies der Prätor aus?

> tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, ita secundum eum possessionem dabo.

Wir können dies so übersetzen: „denn wie ein Jeder zunächst „folgende, proximus, der den Uebrigen vorgehende (potissimus) „Civilerbe sein müßte, werde ich ihm zu Gunsten die posses„sio ertheilen.“

Es ist dies ein eigenthümlich kurzgefaßter Satz, aus dem sich aber doch, wie ich glaube, mit völliger Bestimmtheit der

---

2) S. §. 23. Note 2. und §. 21. Note 5. —

beabsichtigte Sinn entwickeln läßt. Er läßt sich noch deutlicher so paraphasiren:

„Ich werde die b. p. Jedem ertheilen, der nach dem „Civilrechte gerufen ist, und der wahre allen Uebrigen „vorgehende [3]) heres sein müßte, wenn er nach Civil-„recht eben so der Nächste wäre, wie er der Nächste ist, „der bei mir die b. p. agnoscirt hat [4]).“

Es liegt darin dasselbe, was schon überhaupt von dem Uebergang der testamentarischen auf die Intestatsuccession gilt. Ebenso wie aus dem Nichtvorbringen eines Testamentes dessen Nichtvorhandensein präsumirt wird, so soll auch jeder, der ab intestato sich zuerst meldet, als der potissimus heres fingirt werden, indem man das Nichtvorhandensein früherer Intestaterben präsumirt. Natürlich kann hier nicht jeder beliebige Dritte sich melden, sondern der, welcher aus seiner eigenen Person zu dem Civilrecht vollkommen qualificirt ist, der nur durch das Dasein Anderer davon ausgeschlossen sein kann. Denn wer schon aus eigener Person absolut unfähig ist, (also nicht in die drei civilrechtlichen Klassen gehört) der kann auch nie als der potissimus heres angenommen werden.

Mithin ist in diesen Worten eine Beziehung auf neue Prätorische ordines gänzlich ausgeschlossen, dagegen sind die civilrechtlichen Klassen alle darin enthalten, wie ja auch Cicero gerade das Recht der letzten Klasse der Gentilen, daraus ableitet; und so scheint es mir denn so bündig wie möglich durch die Edictsworte selbst bewiesen, daß der Kern der ganzen b. p. nichts als das successorium edictum für die civilrechtlichen Erbklassen sei. —

Schließlich muß hier noch Huschke's Ansicht erwähnt werden, der freilich etwas ganz Anderes aus unserer Stelle ab-

3) Uebrigens läßt sich das potissimum auch als Adverbium auffassen, ohne daß der Sinn dadurch verändert wird.

4) Oder auch folgende Paraphrase:

„Ich werde jeder nächstfolgenden Intestatklasse (die sich meldet), „als wenn sie die vom Civilrecht Berufene wäre, die possessio „geben.“

leitet. Er versteht [5]) das **potissimum** so, als sage der Prätor, er werde hauptsächlich bei Ertheilung der **b. p.** darauf sehen, wen das Civilrecht zur Erbschaft berufe, was ihn aber nicht hindere, auch aus anderen Gründen nach dem allgemeinen Princip der Würdigkeit sein **beneficium** zu vergeben. Diese Interpretation scheint mir deßhalb unmöglich, weil man doch wird zugeben müssen, daß beidemal, wo das Wort **potissimum** in der Edictsstelle vorkommt, es denselben Sinn haben müsse. Bei der **b. p. ex testamento** ließe sich nun allenfalls das Wort in jener Bedeutung übersetzen; aber bei der **ab intestato** auf keine Weise, denn hier heißt es nicht, der Prätor wolle **potissimum** die **b. p.** an die Intestaterben geben, sondern allgemein, er wolle die **b. p.** dem geben, der **potissimum heres** sein müßte. Also die **b. p. ab int.** ist jedenfalls eine ohne Clauseln gegebene, worin der Prätor sich gar keine Wahl läßt, andere persönlich Würdigere den civilrechtlichen Intestaterben vorzuziehen, wie ja auch Cicero's schon öfter erwähnte Argumentation über das Recht der **gens Minucia** beweist. — Wie sollte nun aber der Prätor dazu gekommen sein, im Gegensatz mit der **b. p. ab int.** die **secundum tabulas** in jener Weise zu limitiren? Es scheint also mit Nothwendigkeit zu folgen, daß wir auch bei dieser das **potissimum** nicht mit hauptsächlich sondern „vor allen Anderen“ übersetzen müssen, so daß also auch hier alle willkührliche Verleihung dem Prätor entzogen war. Wie leicht hätte Verres, wenn die Huschkesche Ansicht richtig wäre, jenem Erbprätendenten, als einem würdigen Mann (die Beurtheilung der Würdigkeit hätte doch nur vom Prätor abgehangen) — die Erbschaft zuwenden können, ohne daß er sich der immer sehr mißlichen Edictsveränderung zu bedienen brauchte!

So scheinen mir denn auch die übrigen Gründe, die Huschke für sich anführt, seiner Ansicht keine Bestätigung zu gewähren.

In den Beispielen des **Valer. Max. (VII. 7. §. 6 u. 7.)**

---

5) A. a. O. S. 14.

ist der Grund, weßhalb die b. p. verweigert wird, nicht der, daß Indignität das Recht selbst auf dieselbe entziehe, sondern die ganz äußerliche Ursache, daß der Prätor keine solche Leute in seiner Gegenwart duldet. Ihnen fehlt also das Recht an sich nicht, aber sie dürfen nur nicht vor dem Prätor erscheinen, es geltend zu machen [6]). Das ist in der Stelle auch bestimmt angegeben:

> **quo provisum est, ne obscoena Genucii praesentia inquinataque voce, tribunalia magistratuum sub specie petiti juris** (also das Recht selbst wird nicht geläugnet) **polluerentur.** —

Die Belobung Cicero's (**pro Cluent 60.**) von Jemandem, der die **b. p.** erhalten, als einem **adolescens pudentissimus et inprimis honestus**, wird wohl auch kein Bestärkungsmittel jenes Princips der Würdigkeit abgeben, wenn man bedenkt, wie Cicero alle Personen, die mit der von ihm vertheidigten Sache zusammenhängen, stets als ausgemachte Tugendhelden darzustellen sucht, um einen gehörigen Contrast gegen die andere Partei zu gewinnen. —

Und endlich die Vermuthung, „daß der im Justinianischen „Rechte so nichtsagend gewordene Titel (**D. 38. 13.**) **quibus** „**non comp. b. p.** ursprünglich zur Namhaftmachung solcher „Personen diente, denen der Prätor, obgleich sie an sich berufen waren, doch wegen Unwürdigkeit die **b. p.** nicht geben wollte“, — woraus denn auch ein Anknüpfungspunkt für die Indignitätslehre der Civilrechtsquellen der Kaiserzeit abgeleitet wird, — diese Vermuthung dürfen wir wohl auch mit demselben Grunde, den wir den Stellen des **Valer. Max.** entgegensetzten, zurückweisen. Huschke scheint sich hier selbst zu widersprechen, indem er solche unwürdige Personen „an sich für berufen“ zugiebt, während er vorher alle Klassen nur unter der Bedingung der Würdigkeit für berufen annimmt.

Wenn wir nun jenes Wort **potissimum** in der Bedeu-

6) Savigny System II. S. 190.

tung: „vor allen Anderen“ nehmen dürfen, so ist schon damit bewiesen, daß es zu Cicero's Zeit noch keine c. t. und unde liberi b. p. gegeben habe. Wenn zuerst die b. p. sec. tab. ertheilt werden soll, so kann nicht eine Andere ihr noch voraufgehen. Schon Fabricius nimmt dies an, und wird nicht durch Huschke widerlegt, welcher ihm das zweite potissimum entgegensetzt, das doch nicht ebenfalls wieder zuerst heißen könne. Aller Begriff des Ersten ist relativ, man kann in einem gewissen Kreise, unter gewissen Bedingungen der Erste sein, während man unter anderen Bedingungen hinter Anderen steht. So könnte also auch bei der sec. tab. b. p. sehr wohl das Wort potissimum stehen, und damit wäre doch eine c. t. vereinbar, aber dann müßte jene durch das Nichtvorhandensein dieser bedingt sein. Das Edict würde gelautet haben: „wenn die Zeit der c. t. abgelaufen ist, so will ich zuerst die b. p. sec. tab. ertheilen.“ Ebenso wie es dann später heißt: „wenn kein Testament vorgewiesen wird, so will ich dem ersten Civil-Intestaterben, welcher sich meldet, die b. p. geben.“

Daß hier bei der Intestaterbfolge ein Erster angenommen wird, beweist ja noch nicht, daß er absolut der Erste wäre. Er ist es unter der Voraussetzung, daß kein Testament vorhanden sei: (si is intestato mortuus esset). Dagegen weil bei der testamentarischen Succession sich nicht diese Voraussetzung einer noch früheren Erbklasse findet, so folgt, daß sie zu Cicero's Zeit absolut die Erste war.

Ebenso wie die testamentarische hinter der c. t. b. p. steht, so folgt in späteren Zeiten die b. p. der Civil-Intestaterben auf die unde liberi. Es wird sich später zeigen, daß diese im genausten Zusammenhange mit der contra tab. steht. Hier können wir jedenfalls schon sehen, daß für sie, ebenso wie für die c. t., in unseren Ciceronianischen Edictsworten kein Platz ist. Die b. p. der legitimi heredes folgt gleich auf die sec. tab. (sequi illud oportet etc.), es stand also noch nicht zwischen beiden das, was wir später an dieser Stelle finden. Ferner aber leuchtet es ein, daß durch Einschiebung der b. p. unde liberi die Ciceronischen Edictsworte unpassend werden mußten, indem jetzt vom Prätor eine Klasse

constituirt war, welche die legitimi heredes verhinderte, die ab intestato allen Anderen vorhergehenden (potissimum) Erbberechtigten zu sein, und so finden wir denn auch in der That in einer späteren Quelle eine andere Fassung des Edictes:

fr. 1. unde legitimi (Julianus) — Haec verba edicti: *Tum quem ei heredem* [7]) *esse oporteret, si intestatus mortuus esset.*

§. 26. Nachdem ich in den voraufgehenden beiden §§ meiner Ansicht über den Ursprung der b. p. in den Edictsworten selbst den letzten und besten Beweis gegeben zu haben glaube, müssen nun die genaueren Bedingungen der einzelnen Klassen untersucht werden (s. §. 24. im Anfange).

I. Die bonorum possessio secundum tabulas.

Eine sehr verbreitete Ansicht über die Bedeutung dieser Klasse ist folgende [1]). Der Prätor habe eine Form des Testaments als genügend anerkannt, die von dem civilrechtlichen Mancipationstestamente wesentlich verschieden gewesen sei, und sich durch freiere, weniger Formalitäten erfordernde Regeln ausgezeichnet habe. Man nennt sie das Prätorische Testament. Wer ein solches habe vorweisen können, dem sei eine b. p. sec. tab. verliehen worden. Darin liegt aber, daß diese Klasse eine von der civilrechtlichen testamentarischen Erbfolge völlig abweichende gewesen sei, welche nur in einem Mancipationstestamente ihren Grund haben konnte. Da das Prätorische Testament viel weniger Erfordernisse gehabt habe, als jenes, so

---

7) Auf heredem liegt der Ton, d. h. der vom Civilrecht berufene Erbe. Vgl. noch fr. 4. unde leg. — Daß in dem Conjunctiv oporteret nicht eine Hindeutung auf die emancipati liegt, wie Mayer (Erbrecht I. S. 156.) meint, scheint mir durch das Bisheherige genugsam widerlegt.

1) Ich führe die einzelnen Schriftsteller, welche diese Ansicht haben, nicht an, weil es genügt, diejenigen zu bemerken, welche sich abweichend von ihr geäußert haben.

seien also eine Menge von Fällen denkbar, in denen eine Prätorisch gültige Erbfolge vorhanden gewesen, die das Civilrecht nicht anerkannt habe.

Durch dies Nebeneinanderstellen zweier verschiedener testamentarischer Successionen, entsteht nun aber die Frage, auf die offenbar Alles ankommt, nämlich: welche von beiden die in der Praxis herrschende gewesen sei, oder m. a. W. welche die Kraft gehabt habe, die Intestatsuccession auszuschließen? — eine Kraft, die doch eine wahre testamentarische Succession nothwendig haben muß.

Vor der Entdeckung des Gaius konnte man diese Frage unbedenklich dahin beantworten, daß die Prätorische Erbfolge durchaus vorgegangen sei. Man habe absichtlich eine freiere Testamentsform an die Stelle des Mancipationstestamentes gesetzt, um eben in einer Reihe von Fällen dem scriptus die Erbschaft zuzuwenden, welche er nach Civilrecht nicht hätte erhalten können. Also jene b. p. sec. tab. habe nicht allein eine weitere Berufung der Prätorischen Intestatklassen verhindert, sondern sie sei auch den lediglich sich auf das Civil-Intestaterbrecht Stützenden vorangegangen [2]).

Unerwartete Schwierigkeiten erhoben sich indeß gegen diese Ansicht durch eine Stelle des Gaius II. 119. 120., welche klar genug zu sagen scheint, daß die b. p. sec. tab. jenen Vorzug vor den Civil-Intestaterben erst durch ein Rescript des Kaisers Antoninus (Mark Aurel) erhalten habe. Vor demselben also mußte es doch offenbar umgekehrt sein [3])! — Man hat daraus den Grund hergenommen, um überhaupt das in Note 2. erwähnte Hugosche Princip umzuwerfen, und das gerade entgegengesetzte an die Stelle zu setzen, wobei man freilich gleich von vorn herein mehre Ausnahmen anerkennen mußte [4]).

2) Namentlich seitdem Hugo in seiner Doctordissertation (de bonorum possessionibus. Hal. 1788) das Princip der b. p. cum und sine re entwickelt hatte, glaubte man an diesem Satze nicht zweifeln zu dürfen.

3) Hugo R. G. S. 589 u. 609.

4) Fabricius a. a. O. S. 208 ff. v. Vangerow. Leitfaden II. S. 16. Danz R. G. II. S. 51.

Ich habe in einer eigenen Abhandlung [5]) diese Schwierigkeiten dadurch zu heben gesucht, daß ich zeigte, die b. p. sec. tab. müsse überhaupt unter einem ganz anderen Gesichtspunkte aufgefaßt werden. Die Aufstellung dieses neuen Principes knüpft sich eng an den schon von Treckell entwickelten, von Dernburg und Fabricius angenommenen Satz an, daß nicht daran zu denken sei, als habe der Prätor durch die b. p. sec. tab. eigens eine neue Testamentsform geschaffen, die man unter dem Namen des Prätorischen Testamentes als dem Mancipationstestamente entgegengesetzt, und davon unabhängig im Römischen Rechtsleben bestehend aufzufassen habe [6]).

Von dem Principe der b. p. cum und sine re kann erst die Rede sein, nachdem alle die einzelnen ursprünglichen Klassen der b. p. festgestellt sind; aber es leuchtet ein, daß die Beantwortung desselben ganz durch jene Stelle des Gaius bedingt wird, also überhaupt von der Ansicht abhängt, die man von der b. p. sec. tab. hat.

5) Historia bonorum possessionis secundum tabulas. Goettingae. 1841.

6) Treckell de origine atque progressu testamentifactionis apud Romanos. Lips. 1739. pag. 158. ff. — Dernburg Beiträge zur Geschichte der Röm. Testamente. Bonn 1821. S. 213—233. Fabricius a. a. O. S. 121—124. — Namentlich muß hier auf Treckells vortreffliche Schrift aufmerksam gemacht werden, welche, (wie Haubold in den von ihm herausgegebenen kleinen deutschen Aufsätzen Treckells Leipz. 1817. S. IX. sagt) „noch immer als ein Muster historischer Untersuchungen über das Römische Recht aufgestellt zu werden verdient." Allerdings dürfen wir wohl seine Ansichten über die älteren Testamentsformen (cal. com. u. in proc.) durch Dernburgs mit jugendlicher Frische geschriebene Untersuchungen für beseitigt halten, obgleich noch immer hie und da jene ältere, einst allgemein herrschende Ansicht, bei Nichtkennern wieder auftaucht. — Allein es muß zugleich bemerkt werden, daß für uns die Erkennung des Treckellschen Irrthums, wegen der Auffindung des Gaius, gar kein so großes Verdienst ist. Ehe Gaius die Erzählung des Theophilus in den Hauptpunkten bestätigte, lag es sehr nahe, die Glaubwürdigkeit des letzteren zu bezweifeln, was man freilich nicht so stark auszudrücken brauchte, daß man ihn der merae fabulae und anilia figmenta (Treckell p. 117.) beschuldigte.

In anderen, uns hier besonders interessirenden Punkten, scheint mir Treckells Argumentation noch immer durchaus zu genügen, und

Es ist wegen der mancherlei noch immer über das Mancipationstestament obschwebenden Streitigkeiten nothwendig, die Hauptpunkte desselben hier, wo möglich, festzustellen. Das Princip, aus dem die b. p. sec. tab. aufzufassen ist, wird sich dann, wie mir scheint, sehr einfach daraus ableiten lassen [7]. — Wir können das, was uns über das test. per aes et libram hier zu wissen nöthig ist, in zwei Fragen theilen:

1) War dies zu Gaius und Ulpians Zeit unzweifelhaft in Gebrauch befindliche Testament im Wesentlichen ein mündliches, oder umgekehrt nothwendig ein schriftliches, oder endlich umfaßt es beide, die schriftliche und die mündliche Form gleichmäßig? Alle drei Ansichten werden heutzutage vertreten.

2) Wenn es ein schriftliches Mancipationstestament giebt, war schon nach Civilrecht dessen Obsignation erforderlich, und wenn dies zu bejahen ist, von welcher Zeit an können wir dies Erforderniß datiren?

ad 1. Daß ursprünglich das test. per aes et libram ein lediglich mündliches (nuncupativum) gewesen sei, läßt sich nach den Worten des Gaius II. 102 ff., wenn man ihnen nicht Zwang anthun will, nicht wohl läugnen; und das wird denn auch heutzutage, soviel ich weiß, allgemein angenommen. Nichts ist auch für die Gestalt, in der man sich dies Testament in der älteren Zeit zu denken hat, passender. Der familiae emtor nimmt selbst die Stelle des heres ein, also auf ihn wird nach dem Tode des Mancipirenden die ganze Erbschaft übertragen, von der ihm nur etwa einzelne Vermächtnisse abzugeben in der lex mancipii aufgelegt wurde. Die

---

weil ich in neueren Schriften bisweilen deren Benutzung vermisse, so schien es mir nöthig, theils von vorn herein ganz besonders darauf zu verweisen, theils auch im Folgenden, wo ich nichts hinzuzusetzen fand, einige Stellen daraus in den Noten abdrucken zu lassen. —

7) Wenn neuerdings Roßhirt in seiner Zeitschr. V. 1. S. 37. sagt: „es ließe sich von der b. p. sec. tab. durchaus nicht ein positives „Princip aufstellen, sondern es ließen sich die einzelnen Richtungen „nur kurz (?) darstellen und übersehen" — so kann ich dies um so weniger verstehen, als er doch selbst meint: „daß diese wichtige Lehre „ihren eigenen (?) Mann erfordere."

beiden Theile, welche nach Ulpian in dem Mancipationstestamente enthalten sind, die familiae mancipatio, und die nuncupatio 8) konnten auch jetzt schon vorkommen, nur waren sie nicht beide nothwendig. Denn indem man den selbst hinzuzog, den man zum heres haben wollte, so lag die Erbeseinsetzung schon in der mancipatio der familia an denselben. Aber da wohl selten ein Testament ohne Legate gemacht wird, so konnte nur selten der zweite Theil fehlen, die lex mancipii, d. h. die Aufzählung der Nebenbestimmungen, unter denen dem heres die familia zukommen sollte. Daß dieselbe mündlich geschehen mußte, läßt sich nach der allgemeinen Regel für die Mancipationen nicht bezweifeln 9).

Später aber gewann das Testament, wie es Gaius klar genug bezeugt, eine andere Gestalt, und wir können die Veränderung kurz so ausdrücken: es wurde die Erbeseinsetzung, welche bisher in der familiae mancipatio gelegen hatte, jetzt in den zweiten Theil des Geschäftes, die nuncupatio herübergezogen, welche dadurch erst, so wie sie Ulpian und Gaius darstellen, eine wahre nuncupatio testamenti wurde. Einen besonderen Grund für diese Veränderung giebt uns Gaius nicht an, er hebt nur hervor, daß also jetzt die Mancipation der Theil sei, welcher bloß propter veteris juris imitationem retinirt würde, der also keine innere Bedeutung mehr habe

8) Ulp. XX. 9. — In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti.

9) Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto, sagen die 12 T. (Festus. v. nuncupata). — Wenn man mit Dernburg noch eine frühere Periode vor der im Text beschriebenen annimmt, wo der familiae emtor noch nicht heredis locum obtinebat, sondern ihm nur die einzelnen Eigenthumsstücke mancipirt wurden mit Aufträgen, sie später an Andere zu vertheilen, (a. a. O. S. 96 ff.) so kann die mündliche Form dieses Geschäftes, das noch gar kein wahres Testament war, noch weniger Zweifel leiden. Allerdings hat die Annahme einer solchen frühsten Periode des Mancipationstestamentes sehr viel für sich, weil das von Gaius und Ulpian angedeutete Nebeneinanderbestehen desselben mit dem calatis com. errichteten sich nicht wohl in anderer Weise denken läßt. S. Dernburg S. 117. N. 43.

(dicis gratia), während diese sich ganz auf den zweiten Theil, die nuncupatio testamenti, concentrirte [10]).

Dagegen giebt uns Theophilus in seiner Paraphrase zu dem Institutionentitel de test. ord. einen Grund für diese spätere Gestalt des Mancipationstestamentes an. „Weil der „fam. emtor die Stelle des heres einnahm, also wußte, daß „er das Vermögen bekommen werde, so stellte er dem Testator „nach dem Leben, und um dies zu verhindern, verkaufte man, „mit Beibehaltung der alten Form, dem familiae emtor das „Vermögen fortan nur Scheines halber, und ernannte, abgesondert davon, in tabulae den, welchen man zum heres haben „wollte.“

Wir können, da so Vieles über die Testamente von Theophilus Erzähltes durch Gaius bestätigt wird, diesem Grunde, auch wenn ihn Letzterer nicht erwähnt, sehr wohl Glauben schenken, indem des Theophilus Thätigkeit allem Ansehen nach nicht soweit reichte, daß, wo seine historischen Quellen [11]) ihm keine Erklärungsgründe darboten, er sich deren gleich aus eigener Phantasie gebildet hätte. Es ist damit also die Entstehung des schriftlichen Testamentes dargethan, welches, wie sich nicht läugnen läßt, zu Ciceros Zeit schon in allgemeinem Gebrauch war, und vielleicht bereits lange bestanden hatte [12]). Auch Gaius und Ulpian sprechen bloß von dieser schriftlichen Art zu testiren, indem in der nuncupatio testamenti auf den Inhalt der tabulae, welche der Testator in der Hand hielt, verwiesen werde.

Aber es fragt sich, ob nun daraus mit Hugo und v. Löhr [13]) abgeleitet werden dürfe, daß in der dritten Periode

---

10) Gai. II. 103.

11) Und das waren doch gewiß nicht bloß des Gaius Institutionen.

12) Hugo R. G. S. 558. Z. 20. — Die Beweisstellen werden alsbald angegeben werden.

13) Hugo R. G. S. 932. Z. 9. Eine Stelle, die trotz Schillings Gegendeduction (in den Bemerkungen zur R. R. G. S. 375 u. 427. Note *)) aus der zehnten Auflage in die elfte unverändert aufgenommen ist. — v. Löhr. Arch. f. civ. Prax. Bd. 6. S. 332 u. 336. S. dagegen namentlich die zuletzt angeführte Stelle v. Schilling. — S. auch Glück XXXIV. S. 245.

der Rechtsgeschichte. diese tabulae durchaus nothwendig gewesen seien, daß es also gar kein mündliches civilrechtliches Testament gegeben habe? Wenn wir bloß an dem Grunde festhalten, aus dem Theophilus die spätere Gestalt des Mancipationstestamentes ableitet, so scheint diese Ansicht allerdings viel für sich zu haben. Denn wer sich vor Lebensnachstellungen fürchtet, darf den Namen seines Erben nur in einer verschlossenen Schrift nennen, und sobald bloß die Sorge der Römer für ihr Leben sie dazu führte, dem familiae emtor die Eigenschaft des heres zu nehmen, so mußte dieselbe sie auch nothwendig zum ausschließlichen schriftlichen Testament führen. Wenn nämlich auch der Testator sich durch öffentliche Einsetzung eines Anderen als des fam. emtor vor des Letzteren Nachstellung sicherte, so war er doch nun ebensowenig wie vorher vor dem geschützt, der wirklich der Erbe werden sollte, und es in jedem Augenblick von den Zeugen oder dem fam. emtor erfahren konnte. Eine Pflicht dieser Personen, das bei der Testamentserrichtung Gehörte zu verschweigen, ist doch dem Röm. Rechte ganz unbekannt. Also führt der Grund des Theophilus mit Nothwendigkeit dahin, die frühere und spätere Gestalt des Mancipationstestamentes so zu unterscheiden, als habe sich aus dem mündlichen bisher allein gebräuchlichen, jetzt ein allein bestehendes schriftliches gebildet. Und so ist auch in der That die Ansicht und Darstellung des Theophilus. Aber Gaius drückt sich ganz anders aus. An der Stelle, wo er das ältere und neuere Recht gegen einander stellt, erwähnt er das, was nach Theophilus jedenfalls die Hauptsache wäre, gar nicht (II. 103.), vielmehr heißt es nur:

> nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emtor adhibetur.

Es würde willkürlich sein, hier unter dem Wort testamento nur die tabulae testamenti, das schriftliche, nicht auch die nuncupatio testamenti, das mündliche Testament zu verstehen. Erst nachher spricht dann Gaius bei Erörterung der weiteren Förmlichkeiten insbesondere von den tabulae testamenti, weil, was Niemand läugnen wird, sie jedenfalls im Leben, ebensogut wie bei uns, das Häufigste waren. Aber

gerade die Art, wie er davon spricht, zeigt deutlich, daß er die schriftliche Form nicht für die einzig mögliche halten kann.

et hoc dicitur nuncupatio; nuncupare est enim palam nominare; et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

Er rechtfertigt also die Gültigkeit des schriftlichen Testamentes lediglich dadurch, daß es als ein nuncupatives aufzufassen sei. Ist es nun wohl anders denkbar, als daß das rein nuncupative als ein ganz gültiges Civiltestament betrachtet werden muß?

Wir brauchen wohl kein Bedenken zu tragen, hier im Gegensatze zu Gaius, den Theophilus eines Irrthums zu zeihen, in welchen er zu seiner Zeit so leicht gerathen konnte. Da allerdings in der späteren Periode des test. per aes et libram das schriftliche das bei weitem häufigere war, so ist es dem Theophilus nicht zu verargen, daß er dies gerade für das eigentliche Wesen dieser Periode hält. Wir dagegen, genau uns an die Worte des Gaius haltend (die allgemeine Präcision seiner Darstellung rechtfertigt das genugsam) haben den Character des späteren Mancipationstestamentes so hinzustellen, daß es nur durch die Freiheit, Andere Personen als den familiae emtor zu heredes zu ernennen, sich von der früheren Gestalt unterscheidet, und darin liegt dann eben schon das Resultat, daß von jetzt an die schriftliche und die mündliche als zwei gleichmäßig zulässige, wenn auch nicht gleichmäßig gebräuchliche, Testirarten des Civilrechts nebeneinander bestehen. —

Wenn wir indeß dies auf die Autorität des Gaius für bewiesen halten, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß wir nun auch den von Theophilus angegebenen Grund, für die Umgestaltung des test. per aes et lib. wenigstens nicht für den alleinigen ansehen können; da er, wie gezeigt ist, auf das alleinige Bestehen des schriftlichen Testaments geführt haben würde. Auch ist dieser Grund ja nur ein singulärer; es werden doch nicht alle familiae emtores den Testatoren nach dem Leben getrachtet haben; und mancher Römer wird in dem, welchem er sein Vermögen hinterlassen wollte, und den er dem

gewiß als familiae emtor sich gegenüber stellte, solches Zutrauen gehabt haben, daß er es für unnöthig hielt, durch eine besondere Schrift die Sache noch weiter zu verheimlichen. Wie kommt es nun, daß, auch wenn es mündlich vorgenommen wurde, es dennoch seine Gestalt veränderte, daß man nicht mehr den, welchen man zu seinem heres machen wollte, sondern jeden beliebigen Dritten zum fam. emtor nahm?

Der Erklärungsgrund liegt zu nahe, als daß er, weil wir ihn durch kein Quellenzeugniß belegen können, darum für weniger richtig zu halten wäre. Was sich von selbst versteht, fanden auch die Römer nicht zu bemerken nöthig, und so kommt es, daß Theophilus in seinen Quellen nur den außergewöhnlichen Grund fand. — Wenn der Testator Jemanden ernennen wollte, der sich auswärts befand, so hätte entweder dieser eigens zurückkommen, oder, wenn das nicht ging, die Testamentserrichtung ganz unterbleiben müssen. Ferner daß Jemand mehre heredes nebeneinander hätte ernennen können, war ganz unmöglich, da es nur Einen familiae emtor gab. Der Testator mußte, so sehr er es wünschen mogte, die in der Erbeseinsetzung liegende Ehrenbezeugung [14]) Mehreren zu Theil werden zu lassen, sich damit begnügen, Einen ausgenommen, die Uebrigen mit Legaten abzufinden. Ich glaube der bei weitem schwerste Schritt bei der Entwicklung des Mancipationstestamentes war, dem familiae emtor statt eines Singularsuccessors die Eigenschaften des heres beizulegen, als aber dieser geschehen war, (s. Note 9. — gewiß schon vor den 12 Tafeln) kann es nicht lange mehr gedauert haben, daß man die Erbeseinsetzung aus der familiae venditio in die lex mancipationis oder die nuncupatio hinüberzog [15]).

14) fr. 5. §. 6. de legat. praest. — Es ist wohl zu bemerken, daß dies eine Volksansicht war, wie sich aus vielen Gründen schließen läßt.

15) Wenn wir so die endliche Entwicklung des Manc. Test in sehr frühe Zeiten setzen, so könnte dagegen eingewandt werden, wie es möglich sei, daß Gaius davon noch so viel wisse? Aber ist es denkbar, daß die Römer, die so sehr an ihrem Rechte hingen, es je vergessen haben sollten, wie die an sich so auffallende Anwendung der Manci-

Indem wir also der Ansicht, das civilrechtliche Testament sei bloß ein schriftliches gewesen, entgegengetreten sind, so müssen wir umgekehrt auch die Ansicht Dernburgs verwerfen, der das reine Civiltestament für lediglich nuncupativ erklärt [16]). Freilich will und kann derselbe nicht läugnen, daß bei dem Civiltestamente auch tabulae vorgekommen seien, (Ein Blick auf Gaius lehrt das Gegentheil), aber er faßt doch die Sache so, als enthalte das nuncupative Testament nur die wesentlichen Requisite des Civilrechts, während die Schriftlichkeit als eine Zuthat gelte, die dem Testamente nur nichts schaden solle, die aber zu demselben keineswegs erforderlich sei. — Aus der bereits gegebenen Entwicklung leuchtet dagegen hervor, daß das schriftliche Testament nicht eine Vermehrung von Förmlichkeiten enthalte, durch deren Hinwegnahme man das reine Civiltestament erlange, sondern daß umgekehrt es eine Vereinfachung des Verfahrens mit sich geführt habe. Denn wenn auch anfangs die Zulässigkeit der tabulae durch die allgemeine Gefahr vor Lebensnachstellungen bewirkt worden ist, so wurde es doch in der Folge nicht aus diesem Grunde so allgemein, sondern weil man damit die weitläuftige Nuncupation des letzten Willens vermeiden wollte, welcher doch meist um der Sicherheit willen hätte in scripturam redigirt werden müssen. Liegt doch dies Streben nach Vereinfachung des Testamentsactes auch in den Gajischen Worten: ea videtur generali sermone nominare. — Der Gründe, wodurch Dernburg diese Auffassung der Sache [17]) bestätigen will,

---

pation auf Rechtsgeschäfte von Todeswegen zu erklären sei?

Ob die freie Einsetzungsbefugniß im Manc. Test. bereits zur Zeit der 12 Tafeln feststand, wage ich nicht zu entscheiden. Jedenfalls mußte sie, als die b. p. aufkam, entschiedenen Rechtens sein. Denn die Worte des Edictes: si tabulae testamenti etc. setzen nothwendig diese spätere Gestalt des Manc. Test. voraus, und diese Worte haben nach Cicero's Zeugniß, (dessen Richtigkeit zu bezweifeln kein Grund vorhanden ist) von Anfang an unverändert im Edict gestanden.

16) A. a. O. S. 130 ff.

17) Vielleicht scheint die Verschiedenheit derselben von unserer Ansicht, wonach zwei verschiedene Testirarten selbständig nebeneinanderstehend

sind zwei (S. 133—136.). Es sei der Character des älteren Röm. Rechts, daß man mehr in Wortformeln als in Schrift die Rechtsgeschäfte faßte. So wenig dies geläugnet werden kann, so beweist es doch nichts für unsere Frage, wobei es auf die Gestalt des Civiltestamentes zu der Zeit ankommt, in welcher die bon. poss. bestand, und man gerade durch das Prätorische Edict der strengen Gleichförmigkeit und Einfachheit der Rechtsgeschäfte mehr Ausbildung und Freiheit substituirte. Für die ältere Zeit läugnet Niemand die lediglich nuncupative Form der Testamente, wohl aber verneine ich sie für die Zeit, von der an man das Bestehen der b. p. setzt (S. Note 15.). Auch sieht man gleich aus Dernburgs zweitem Beweisgrunde, daß er gerade die spätere Gestalt des Mancipationstestamentes im Auge hat, und so hebt dieser zweite den ersten auf. Er sagt nämlich: wir fänden zu allen Zeiten in Rom nuncupative Testamente, wie sich dies ziemlich genau von August bis Justinian verfolgen ließe. Offenbar beweist auch dieser Grund, selbst wenn er ihn völlig darthäte, für seine Ansicht nichts, denn das Bestehen des mündlichen Testamentes läßt noch nicht folgern, daß es das reine Civiltestament gewesen sei, daß nicht das schriftliche als selbständige civilrechtliche Form daneben bestanden habe. Und wirklich liegen bei den Stellen, wodurch er das Bestehen des nuncupativen Testamentes darthut, die Andeutungen nahe genug, daß es gerade im Civilrecht gegen das schriftliche sehr zurückgetreten war.

Wenn Dernburg nämlich das bekannte Beispiel des Horaz anführt, so übersieht er dabei, daß Sueton's Worte ausdrücklich bezeugen, es sei das mündliche Testament nur aus Noth wegen des Ueberhandnehmens der Krankheit statt des schriftlichen gemacht worden[18]). Und wenn er die von

---

in der Mancipationsform vereinigt waren, — auf den ersten Blick gar nicht so bedeutend, da doch auch Dernburg (S. 138.) zugebe, daß die tabulae beim Civiltestamént sehr häufig vorgekommen seien. — Aber wir werden sehen, daß gerade hier der Punkt ist, wo eine auch geringe Abweichung vom richtigen Wege das Mißverstehen der b. p. sec. tab. zur Folge hat.

18) Suet. vita Hor. cap. ult. — herede Augusto palam nuncu-

Sueton (vit. Calig. c. 38.) erwähnten öffentlichen Erbeseinsetzungen des Caligula geltend macht, so vergißt er den mit Recht von Treckell erhobenen Zweifel, ob hier wirklich an nuncupative Testamente zu denken sei [19]).

Endlich aber beweist die Menge von Pandektenstellen, worin von mündlichen Testamenten gesprochen werde [20]), allerdings gegen Hugo's Ansicht, aber sie spricht auch nicht für die Dernburgische, da doch noch weit häufiger in den Pandekten von den tabulae testamenti und vom scriptus heres die Rede ist und zwar in Stellen, in denen lediglich vom Civilrecht, ganz unabhängig von der b. p., gehandelt wird.

Und wenn wir nun noch einmal auf jene Stelle des Gaius zurückblicken, (II. 104.) so leuchtet es doch wohl genugsam ein, daß, wenn sie auch zeigt, daß das schriftliche Testament nicht die einzige Form gewesen sein könne, — sie es doch auch von der anderen Seite als die gewöhnliche civilrechtliche Testirart erscheinen läßt. Ausdrücklich spricht ja Gaius nur von ihr, und doch soll sie etwas enthalten, was dem reinen Civilrecht fremd ist, einen Zusatz, welcher nur der civilrechtlichen Gültigkeit nichts schadet? — Ich glaube genügend dargethan zu haben, daß sie gerade die freiste, in den meisten Fällen bequemste Testirart des Civilrechts ist, welche freilich die nuncupative Form, aus der sie abgeleitet wurde, nicht ganz verdrängte,, aber doch nur in seltenerer Anwendung neben sich bestehen ließ. Und so sind wir denn, zwischen zwei Extremen

---

pato, quum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.

19) Treckell p. 117.

20) Hieher gehören: fr. 21. pr. §. 1. qui test. fac. poss. worin sich dreimal ganz in einer Parallele das schriftliche und mündliche Test. nebeneinandergestellt finden, aus Ulpians Commentar ad Sabinum. fr. 25. eod. fr. 1. §. 1. de her. inst. fr. 58. eod. fr. 20. §. 1. de vulg. et pup. subst. fr. 24. de test. mil. fr. 28. de jure codic. fr. 8. §. 4. de b. p. sec. tab. — cf. l. 2. C. de b. p. s. t. l. 1. C. de b. p. c. t. l. 5. C. de test. — l. 2. §. 1. Th. C. de testam. Nov. Val. III. Lib. II. 21. 1. §. 2.

hindurchgehend, wieder auf die in der Mitte liegende Ansicht Treckells zurückgeführt [21]).

§. 27. ad. 2. Nachdem die Bedeutung des schriftlichen Testamentes dargestellt worden ist, drängt sich die Frage auf, ob die bei der sec. tab. b. p. eine so große Rolle spielende obsignatio bereits ein Erforderniß des Civilrechts gewesen sei, oder ob indem der Prätor die Ertheilung der b. p. unter die Bedingung der Besiegelung des Testamentes stellte, damit gerade erst ein neues dem Civilrecht bisher noch nicht bekanntes Requisit der Testamentsform aufgestellt habe. Es ist klar, daß diese Frage den eigentlichen Uebergangspunkt bildet zur weiteren Untersuchung der sec. tab. b. p.; wenn es entschieden wäre, daß die obsignatio eine neue Prätorische Vorschrift gewesen sei, so würde darin zugleich der Beweis liegen, daß (wie es die Ansicht noch so mancher Schriftsteller unserer Zeit ist) der Prätor eine eigene dem Mancipationstestamente entgegentretende Form aufgestellt habe, daß also auch die sec. tab. b. p. eine von der civilrechtlichen testamentarischen Erbfolge wesentlich verschiedene Erbklasse gewesen sei (s. §. 26. im Anfange).

Je mehr Gelehrte bereits die gänzliche Unhaltbarkeit dieser Ansicht (und zwar meist von einander unabhängig) gefunden haben, um so mehr muß man danach streben, daß auch alle Ueberreste derselben völlig vertilgt werden, indem gera-

21) Treckell l. c. p. 149. — „Ut igitur totam meam sententiam brevibus comprehendam verbis, ita censeo, testamentum per aes et libram fuisse vel scriptum vel nuncupativum. Quando testator in scriptis testari volebat, tunc ante ipsum testandi actum, ultimam suam voluntatem tabulis consignare solebat: in ipso vero actu tabulas ostendebat testibus, et solennia illa nuncupationis verba addebat, quae a nobis ex Ulpiano supra recitata sunt. Si vero per solam nuncupationem testari volebat, tunc in ipso testandi actu, testibus praesentibus, palam ac clare totam suam ultimam voluntatem verbis pronunciabat, tandemque solennia nuncupationis verba addebat, in hunc ferme modum: *Haec uti dixi, ita do ita lego ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote.*" u. s. w.

de diese Ueberreste, wie sich im Verlaufe meiner Darstellung zeigen wird, die größten Irrthümer zur Folge gehabt haben.

Ich will hier zuerst die positiven Beweise dafür zusammenstellen, daß in der That die obsignatio ein Theil des Civil-Testamentes gewesen sei, und alsdann soll selbständig dargethan werden, daß die sec. tab. b. p. keine von der civilrechtlichen testamentarischen Succession unabhängige Klasse gebildet habe. Das Gelingen des ersten Beweises führt von selbst auch den des zweiten mit sich, aber es dürfte jener auch mangeln, und doch würde dieser zweite nicht weniger richtig geführt werden können, so daß in ihm dann wieder der Beweis des ersten Satzes läge.

Es wird Niemand läugnen, daß für die Annahme, welche hier bekämpft werden soll, Gründe vorhanden sind, welche sehr leicht zu derselben führen konnten, Gründe indeß, welche bereits dem weiter sehenden Treckell nicht haltbar erschienen. So namentlich die immer wieder von Neuem, auch von Dernburg (S. 130.), angeführte Institutionenstelle:

> **§. 2. J. de test. ord. — Quum jure civili signa testium non essent necessaria. §. 3. eod. et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur. — Signacula autem et testium numerus ex edicto praetoris.**

Jedenfalls ist Dernburg hier inconsequent, daß er diese Stelle für sich anführt, indem er später ein anderes gleich vorzubringendes Zeugniß so interpretirt, daß er darin auch selbst die Widerlegung der Institutionennachricht finden mußte. Es kommt hier überhaupt darauf an, festzustellen, welchen Werth man den historischen Nachrichten der Institutionen beizulegen habe. Wenn man Notizen darin findet, die einer älteren Quelle entlehnt zu sein scheinen (und wir geben zu, daß dafür die Präsumtion spreche), so haben sie allerdings für unsere historischen Forschungen große Bedeutung. Aber es giebt auch Erzählungen in den Institutionen, denen man es im Gegensatz zu jener Präsumtion gleich von vorn herein ansieht, daß sie erst von den Compilatoren gemacht sein können, eben weil sie zugleich von Zeiten sprechen, die bereits hinter denen

der klassischen Juristen lagen. Wenn wir in solchen Fällen der Paraphrase des Theophilus wenig trauen, sollen wir den Institutionenworten, die vielleicht gerade von demselben Theophilus herrühren, deßhalb mehr historisches Gewicht beilegen, weil sie die kaiserliche Sanction erhalten haben? Wir würden damit zugeben, daß die Wissenschaft in andere Schranken gebannt wäre, als welche ihr durch das Ziel der Wahrheitserforschung angewiesen sind.

Daß die Erzählung im Titel **de test. ord. pr.** — §. 4. nicht aus der Quelle eines älteren Juristen geflossen sein kann, braucht wie ich glaube, nicht weiter bewiesen zu werden. Sie ist die Erörterung des im §. 3. angedeuteten Themas,

> **hoc jus tripertitum esse videtur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium a sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et testium numerus ex edicto Praetoris.**

ein Thema, das in seiner angenehmen Uebersichtlichkeit und Einfachheit, recht deutlich das Streben des Gesetzgebers zeigt „**ut nihil antiquitatis penitus ignoretur**". Man könnte es eine Art Kokketterie nennen, daß gerade in den neuen oft sehr passenden Anordnungen Justinians die alten Elemente hervorgehoben werden, aus denen das Neue zusammengeschmolzen sei. Daß man wirklich hier historische Genauigkeit sich zur Bedingung machte, paßt nicht eben zur damaligen Zeit. Und nun gerade die angeführte Stelle sollen wir auf Treu und Glauben hinnehmen müssen, bei der sich doch schon in demselben § ein völliger historischer Widerspruch findet? Zuerst heißt es **quod jus civile exigebat, septem testibus adhibitis** und **ex edicto Praetoris signacula testamentis imponerentur.** Also der **numerus testium** wird hier dem **jus civile** vindicirt, und dem Prätor nur die Einführung der **signa** zugeschrieben; und gleich darauf wird gerade das Umgekehrte gesagt. — Bedarf es eines weiteren Beweises, daß wir hier nicht auf historischen Boden stehen? —

Dagegen besitzen wir eine andere Quelle, die uns die be-

sie Sicherheit gewähren kann, welche überhaupt möglich ist. Es sind die oben bereits aus der Ciceronischen Stelle abgeleiteten Edictsworte selbst. Wenn ihre Interpretation auf etwas Anderes führt, als was die Institutionenstelle erzählt, so muß Letztere offenbar zurückstehen. Ich will diese Edictsworte hier sogleich mit der Interpretation aufführen, welche Treckel l. c. p. 167. davon giebt; eine Interpretation, die nicht deßhalb heutzutage die nicht allgemein angenommene ist, weil ihr bestimmte Gründe entgegenständen, sondern ehr weil man sie übersehen hat:

> Ait praetor: *si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti ad me proferentur* (Ergo, ut dixi, nihil novi hic praescribit, sed edicit, quid facere vellet, si quis tabulas testamenti afferat) *obsignatae* (Ergo requirit praesertim, ut istae sint obsignatae, non vero praescribit hoc, sed considerat tanquam requisitum necessarium justarum tabularum.) *non minus multis signis quam e lege oporteat.* Ex hisce verbis aperte elucet, praetorem omnino nihil mutare in numero testium, sive signatorum: sed velle, ut tot signa testium adsint, quod adesse oporteat in testamento juris civilis.

Mag man nun die Worte e lege verstehen, wie man will, so liegt doch jedenfalls darin, daß aus einer civilrechtlichen Quelle die Besiegelung des Testaments hervorgegangen, daß sie nicht erst vom Prätor gefordert worden war. Mag man eine besondere lex annehmen, in der schon vor Einführung der b. p. die Obsignation vorgeschrieben worden wäre, oder mag man e lege in der allgemeinen Bedeutung von „jure „civili" auffassen, das Resultat bleibt dasselbe, daß der Prätor sich hier rein an ein Erforderniß des Civilrechts angeschlossen habe.

Ich meinestheils halte die Erklärung von e lege als gleichbedeutend mit „jure civili", welche bereits, freilich ohne weiteren Beweis, von Treckell (S. 169), Savigny, Dernburg und Fabricius ausgesprochen ist, für die richtige [1]). Es kann

1) Savigny Zeitsch. II. S. 86. N. 14. Fabricius a. a. O. S. 123.

nicht geläugnet werden, daß e lege oder lege in dieser allgemeinen Bedeutung vorkommt, wie z. B. die bei der Testamentserrichtung gesprochene Formel [2]) ganz in demselben Sinne die Worte quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam für secundum jus publicum enthält. Es liegt doch sehr nahe, daß in dieser Weise auch der Prätor das Wort genommen hat [3]).

Wir brauchen also nicht nach einer besonderen lex zu suchen, wir können unbedenklich annehmen, daß durch Gewohn-

---

N. 167. — Dernburg S. 217. widerspricht dadurch geradezu seiner früheren Behauptung, daß die signatio testium vom Prätorischen Rechte herrühre. — Daß mit e lege nicht die lex Cornelia testamentaria gemeint sei, wie neuerdings wieder Huschke meint (Flavii Syntrophi instr. don. ed. Huschke p. 52. Richtersche Jahrb. 1839. S. 23.), hat schon Treckell a. a. O. widerlegt. — Daß e lege nicht auf die leges municipales zu beziehen sei (Hugo R. G. S. 589. N. 2.), folgt aus gleich anzuführenden Stellen Cicero's, in denen von der zu Rom gebräuchlichen Obsignation die Rede ist. — v. Löhr Magazin IV. 4. S. 452. stimmt wiederum Huschke bei, und hält demnach die sec. tab. für eine b. p. quib. ex legibus. Aber wenn auch die Siegel gesetzlich waren, so ist es damit doch die b. p. nicht auch.

2) Gai. II. 104. vgl. Cic. pro Caec. 26.

3) So lautet die alte Arrogationsformel (Gell. V. 19). uti tam jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo . . . natus esset." — In fr. 1. §. 2. de rei vind. kommt der Ausdruck: ex lege Quiritium als gleichbedeutend vor mit ex jure Romano. — In fr. 1. §. 16. de fluminibus wird eine exceptio erwähnt, welche Labeo so gefaßt hat: extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit. — Wenn also v. Löhr a. a. O. den Ausdruck wenigstens zu Ciceros Zeiten für unmöglich hält, so müßte er doch noch vor Labeo aufgekommen sein! Mir scheint nichts natürlicher, als gerade für die ältere Zeit diese Bedeutung anzunehmen. Als das Zwölftafelgesetz noch die ausschließliche Grundlage des Röm. R. war, mußte eben ex lege gleichbedeutend sein mit ex jure civili, und wenn auch ein Rechtssatz nun nicht ausdrücklich in den 12 Taf. stand, sondern zur Interpretatio (fr. 2. §. 5. de orig. jur.) gehörte, so hatte er mittelbar doch auch ex lege Kraft, weil ihn die Römer als stillschweigend in den 12 Tafeln gebilligt ansahen. Z. B. Gai. I. 165.

heitsrecht die obsignatio aufgekommen sei. Und wenn wir jenen Grund des Theophilus über die erste Veranlassung des schriftlichen Testaments, nämlich die Verhütung der Lebensnachstellungen gelten lassen, so versteht sich ja ganz von selbst, daß man von Anfang an gewöhnt sein und besonders darauf achten mußte, daß die obsignatio nicht fehle. Denn diese ist keine Untersiegelung, sondern eine wahre Versiegelung, also sie allein ist das Mittel, um die Geheimhaltung des instituirten Erben, welche man gerade beabsichtigte, zu bewirken. Und überhaupt, wie ist es denkbar, daß man auch abgesehen von jenem Theophilischen Veranlassungsgrunde, also wenn man annimmt, es sei bloß aus Bequemlichkeit der Testatoren das schriftliche Testament aufgekommen, daß, sage ich, man es irgend jemals ohne die obsignatio habe zulassen können?

In dem Aufkommen des schriftlichen Testamentes liegt es, daß jetzt gerade ein Anderer als der fam. emt. zum heres ernannt werden konnte, daß ein Testament errichtet werden durfte, ohne daß die zur Errichtung desselben mitwirkenden Personen irgend etwas von dessen Inhalt erfuhren. Aber, das ist die einfache Frage, die sich hier aufdringt, wie wurde es denn nun eingerichtet, daß diese Personen, welchen bei der Errichtung das Testament bloß vorgewiesen worden war, dann später nach dem Tode des Testators, auch mit Sicherheit wiedererkennen konnten, es sei die von einem Erbprätendenten vorgebrachte Urkunde mit der, welche einst der Testator bei der nuncupatio testamenti in der Hand gehalten hatte, identisch? Und diese Recognition der Zeugen ist doch, damit ein Testament civilrechtlichen Erfolg haben könne, durchaus nothwendig. Man hätte dies dadurch zu erreichen vermocht, daß Einem der Zeugen das Testament bis zum Tode des Testators in Verwahrung gegeben worden wäre. Aber sicher war das doch nicht. Der Depositar konnte selbst ein solches Testament unterschieben, er konnte vor dem Testator sterben, und so war wieder der Beweis der Identität der Urkunde unmöglich.

Man hätte versuchen können, durch Vergleichung der Handschriften die Aechtheit des Testaments zu constatiren? Aber es brauchte ja gar nicht von der Hand des Testators geschrieben zu sein: oder wenn er es auch selbst geschrieben

hatte, so konnte die nach seinem Tode vorgebrachte Urkunde eine andere frühere oder spätere Schrift sein, welche dadurch daß sie von der Hand des Testators geschrieben war, noch keine Bedeutung hatte. Eine Urkunde bekommt erst durch die **nuncupatio** Testamentskraft, durch die Erklärung vor den nöthigen Personen, daß gerade dies der letzte Wille sei.

So muß also auch irgend ein Verfahren bestanden haben, wodurch die Vornahme der **nuncupatio** mit einer bestimmten Urkunde dauernd bestätigt wurde; aber man kann dasselbe, wenn man an den practischen Sinn der Römer denkt, nicht auf den bisher angegebenen Wegen suchen. Es läßt sich wohl mit positiver Bestimmtheit aussprechen, daß der erforderliche Identitätsbeweis bei den Römern, wo man nicht an eine Deposition im Gericht denken konnte, nur auf zweierlei Weise möglich war. Einmal dadurch daß den Zeugen wirklich der Inhalt vorgelesen worden wäre, (denn dann konnten sie durch Behalten der Dispositionen, später auch die Urkunde selbst wiedererkennen) oder, was noch bedeutend passender ist, dadurch daß die Zeugen sogleich bei der **nuncupatio testamenti** durch äußerlich an der Urkunde angebrachte Zeichen eine bleibende Kenntlichkeit derselben bewirkten. — Da wir bestimmt wissen, daß die erstere Regel bei den Römern nicht gegolten hat, so bleibt nichts übrig, als die Geltung der letzteren anzunehmen. Und zwar leuchtet es wie ich glaube nach dem Bisherigen ein, daß man eine von Anfang an ausnahmslose Geltung dieser Regel anzuerkennen habe. Wenn auch die Gültigkeit schriftlicher Testamente zugestanden wurde, so wußte doch ein Jeder daß diese Gültigkeit von der **familiae mancipatio** und der **nuncupatio testamenti** abhange. Diese zu constatiren, wählten nun einmal die Römer die ihnen am nächsten liegende **obsignatio**, weil man daran schon bei der Abfassung anderer als der Testamentsurkunden gewöhnt war. Aber hätten sie auch jede andere Form, die Urkunde zu bezeichnen gewählt, so läßt sich doch jedenfalls keine Zeit annehmen, wo man eine Urkunde ohne diese Form für ein gültiges Testament hätte halten können. Ich muß gestehen, daß die so vielfach

von Anderen [4]) wiederholte Behauptung Treckells (p. 164) — es sei die Sitte der **obsignatio** allerdings ganz unabhängig vom Prätor aufgekommen, aber doch nun wieder umgekehrt erst durch dessen Edict recht allgemein geworden — daß, sage ich, mir diese Behauptung eine reine Undenkbarkeit enthält. Es wird danach angenommen, es habe anfangs ein schriftliches Civiltestament gegeben, weches ohne **obsignatio** gültig gewesen sei. Dann muß doch ein anderes Mittel angewandt worden sein, um die Vornahme der **fam. vend.** und **nunc. test.** an der Urkunde zu perpetuiren? Und welches wäre denn dies Mittel gewesen?

Die Unmöglichkeit hierauf eine Antwort zu finden, zeigt die Unhaltbarkeit der ganzen Ansicht. Es muß von Anfang an eine unumgängliche Vorschrift gewesen sein, daß wer ein schriftliches Testament errichten wollte, es von den dabei mitwirkenden Personen besiegeln lassen mußte. Die Recognition dieser Siegel ist, wie wir aus **fr. 3. §. 9. de tab. exhib.** sehen, ein unter der Autorität des Prätors stehendes Verfahren; weil gerade von dieser Recognition die Gültigkeit des ganzen Civiltestamentes abhängt, so war es natürlich, daß man sie unter die Aufsicht des Magistrats stellte.

> **Exhibere autem apud Praetorem oportet, ut ex auctoritate ejus signatores admoniti veniant, ad recognoscenda signa; et si forte non obtemperent testes, Labeo scribit, coerceri eos a Praetore debere.**

Also schon Labeo erkennt die Zulässigkeit des Zwanges für das Erscheinen der Zeugen an. Wenn man ein anderes Mittel gehabt hätte, die Aechtheit zu constatiren, so würde man gewiß nicht so weit gegangen sein! Auch muß man hier nicht daran denken, daß dies Einmischen des Prätors mit der Ertheilung der **b. p.** zusammenhinge. Bei ihr verhält es sich gerade umgekehrt. Sie wird ertheilt ohne ein weiteres Recognitionsverfahren. Und so bleibt also nichts übrig, als dasselbe lediglich auf das Civiltestament zu beziehen. —

4) Dernburg S. 138.

Hiermit scheint es mir genugsam bewiesen zu sein, daß die **obsignatio** nicht etwas von der Willkühr der Testatoren abhängendes gewesen sei, welches auch hätte unterbleiben können, sondern daß es nie ein schriftliches Testament ohne dieselbe gegeben habe. Dies Resultat stimmt denn auch allein mit jenen Edictsworten überein. Wenn der Prätor von **tabulae non minus multis signis signatae quam e lege oportet**, spricht, so liegt doch darin klar genug, daß überhaupt die Besiegelung, nicht bloß die Zahl der Siegel, **e lege** als nothwendiges Erforderniß vorgeschrieben ist. (Sonst würde man zu dem Resultate kommen, ein ganz unbesiegeltes Testament sei gültig gewesen, eins mit sechs Siegeln dagegen ungültig; ähnlich wie schon Cicero des Verres Absicht darstellt).

So ist es denn erklärlich, daß Cicero die Personen, welche zur Errichtung eines Civiltestamentes erforderlich sind, kurzweg, ebenso wie das eben citirte Fragment, die **obsignatores** nennt [5], so daß dies weniger ein bloß von Cicero herrührender, als ein Volksausdruck gewesen zu sein scheint. Hätte dieser Name wohl aufkommen können, wenn die **obsignatio** nicht etwas allgemein Vorgeschriebenes gewesen wäre?

Namentlich ist hier auch noch auf die **lex Cornelia testamentaria** Rücksicht zu nehmen, welche alle Verfälschungen der Testamente, wie uns deren von Cicero in der angeführten Stelle **pro Cluent.** beschrieben werden, mit der Strafe des **falsum** belegte [6]. Darunter werden auch die begriffen, welche ein solches Testament besiegelt haben. Es ist nicht der geringste Anhaltspunkt vorhanden, daß diese **lex Cornelia** erst die Besiegelung eingeführt habe, indem sie wie Huschke meint [7], festgesetzt hätte „daß nur aus **tabulis septem testium signis signatis** eine **b. p.** gegeben werden solle". [8]) Wir würden hier

---

5) **pro Cluent. 13 u. 14.** Außerdem erwähnt er die Obsignation des Testamentes **pro Mil. c. 18.** Vielleicht auch **in Verr. II. 1. 19. §. 50.** „**quum obsignandi gratia venissem**".

6) **Paulus rec. sent. IV. 7.**

7) S. Note 1.

8) Huschke faßt die Sache deßhalb so, weil er wegen des Schweigens

einen Fall haben, daß durch eine lex eine b. p. eingeführt worden sei, was für diese Zeit wohl ebenso unwahrscheinlich ist, als die Ansicht von Fabricius, daß die c. t. b. p. durch eine Kaiserconstitution aufgestellt sei. Und überdem, wie soll denn der Prätor vor der lex Corn. die sec. tab. b. p. normirt gehabt haben? Und wie soll sich diese Annahme mit dem Zeugniß des Cicero vereinigen, der das Edict des Prätors über die b. p. als ein lediglich von Prätoren aufgestelltes, von Alters her (also doch gewiß über die lex Cornelia [9]) hinaus) unverändert bestehendes Institut darstellt?

Dagegen scheint mir die Annahme sehr viel näher liegend, daß wo in einem Gesetze ein Mißbrauch mit Strafe belegt wird, dieser Mißbrauch bereits öfter vorgekommen sei. Wenn also die lex Cornelia die Besiegelung falscher Testamente verbietet, so wird die Besiegelung der wahren schon lange die allgemeine Regel gewesen sein, gegen welche bereits häufige Betrügereien laut geworden sein mußten [10]). Alle anderen Gründe, welche für die Obsignation der Civiltestamente angeführt zu werden pflegen, will ich hier mit Treckells Worten (p. 164) zusammenfassen: **Augusti testamentum sine omni dubio omnia habuit juris civilis requisita; nam in eo et familiae emtor adfuit: (Sueton in vit. Ner. c. 4.) et tamen fuit obsignatum (Sueton in vit. Aug. c. ult. et Tiber. c. 23.) Quintilianus quoque (Decl. 308.), dum de testamento per aes et libram loquitur, et familiae emtoris et libripendis, et signatorum facit mentionem. Sic etiam in Senecae et Plinii scriptis obsignatio testamentorum saepissime occurrit: immo et in illis, ut et in veterum ICtorum scriptis, saepe signator et testis,**

---

von Gaius u. Ulpian die obsignatio nicht für ein Erforderniß des Civiltestaments hält. Davon soll gleich die Rede sein. Vielleicht meint auch v. Löhr (s. Note 1) dasselbe.

9) Ich wüßte keinen Grund, sie nicht von Sulla abzuleiten.

10) S. außerdem Treckell p. 168. der von dem Versuch, die obsignatio aus der l. Corn. abzuleiten, sagt: **Fateor, me ipsum aliquando in hasce incidisse cogitationes, sed nunc mihi illae, re accuratius pensitata, quam valde displiceant, dici non potest.**

testamentum signare et testem agere ut synonyma proferuntur. Praeterea si formam consideremus, quomodo testamenta ex lege Julia vicesimaria aperiri debebant, deprehendimus sine omni distinctione requiri, ut testes, qui testamentum signaverint, convenirent, iique signa sua agnoscerent, quae omnia luculenta satis praebent indicia, eo tempore omnia testamenta fuisse obsignata. (Paull. Rec. sent. V. 6.)[11])

Tandem et illud addendum est, tempore Neronis SC. factum fuisse, quo certa forma praescribebatur, quae in obsignatione omnium tabularum, adeoque etiam testamentorum esset observanda, ita ut aliter tabulae prolatae nihil momenti haberent. (Paull. Rec. sent. V. 25. §. 6. et Sueton. in vita Neron. c. 17.)

Bei diesem letzten Punkte muß ich noch etwas verweilen, weil neuerdings daraus abgeleitet ist, es sei dieses Senatusconsult die Ursache der Obsignation der Civiltestamente gewesen[12]). Wie dies aus den von Treckell und außerdem von Mayer angeführten Stellen hervorgehen solle, kann ich nicht einsehen. Und im Gegentheil sagt die citirte Stelle aus des Paul. rec. sent. deutlich genug, daß durch dies SCtum nur genauere Formalitäten der Signation angeordnet wurden[13]). Daher darf man auch nur annehmen, daß die Ungiltigkeit der Urkunde bloß wegen Unterlassung dieser Formalitäten neu vorgeschrieben ist, während die Urkunde, bei der die Obsigna-

---

11) Es fragt sich, ob der Inhalt des oben citirten fr. 3. §. 9. de tab. exh. aus dieser lex Julia abzuleiten sei?

12) Mayer Erbrecht I. S. 134. Im Grunde ist das schon die Ansicht von Treckell, welcher sagt: et hinc quoque sine omni dubio post hoc SC tum testamentum non signatum pro imperfecto fuit habitum. (fr. 6. pr. D. ad leg. Corn. de fals.)

13) Amplissimus ordo decrevit, eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur, atque impositum (impositae) supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem interiori servent. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent. — cf. fr. 22. §. 7. qui test. fac. poss.

tion ganz fehlte, auch schon vorher ohne alle Wirkung gewesen war.

Die ganze Ansicht zerschlägt sich wieder durch die ganz einfache Gegenfrage, wie denn vor diesem SC. die schriftlichen Testamente, die doch jedenfalls schon bestanden, hätten constatirt werden können?

Wir sind nunmehr auf dem Punkte angelangt, daß wir die letzten Gründe prüfen können, welche man dagegen anführt, daß das Civilrecht signa erfordert habe. Aus dem Bisherigen geht nämlich hervor, daß jedenfalls nach dem zuletzt besprochenen SC. eine Signation der Testamente, und zwar eine besonders förmliche, vorgeschrieben war, deren Nichtbeobachtung Ungültigkeit des Testamentes hervorbrachte. Also Beweisgründe aus der Zeit nach dem SC. sind schon von vorn herein gegen die hier vertheidigte Ansicht ohne Gewicht, wonach die Obsignation auch vor dem SC., so lange es überhaupt schriftliche Testamente gab, bestanden hat. Und in der That sind die Zeugnisse, wodurch man immer wieder von Neuem die obsignatio dem Prätorischen Recht vindiciren will, lediglich aus jener späteren Zeit, so daß sie durch die bloße Erwähnung des SC. ihre Beweiskraft verlieren.

Zuerst soll die obsignatio kein Erforderniß des Civilrechts sein, weil Gaius und Ulpian gleichmäßig nichts davon erwähnen [14]). Da wegen des SC. jedenfalls dies Schweigen nichts beweist, so muß es auch möglich sein, für dasselbe andere wahre Gründe aufzufinden; und darauf führen uns die in Note 12 abgedruckten Worte des Paulus. Die signatio war von jeher ein Erforderniß aller schriftlichen Rechtsgeschäfte, bei der Zeugen zugezogen werden mußten, gewesen [15]), und in diesem

14) Dernburg S. 131. Huschke Richtersche Jahrb. a. a. O. S. 23.

15) Die obige Ausführung, daß von Anfang an sich keine schriftlichen Testamente ohne obsignatio denkbar seien, paßt auch ebensogut auf alle anderen schriftlichen Rechtsgeschäfte, die vor Zeugen zu errichten waren. — (Diesen Erklärungsgrund giebt bereits Mayer a. a. O.

weitem Sinn ist auch das SC. zu verstehen, welches für die signatio noch besondere Förmlichkeiten anordnete. Wie sollte also Gaius und Ulpian dazu kommen, hier gerade bei den Testamenten von der obsignatio zu reden?

Ferner führt Dernburg noch zwei besondere Pandektenstellen an, aus der die Richtigkeit seiner Ansicht hervorgehen soll [16]), die aber nach dem Bisherigen wohl keiner weiteren Erörterung bedürfen, da schon der Beweis, zu dem sie dienen sollen, nur künstlich aus ihnen abgeleitet werden konnte. —

§. 28. Ich glaube in den beiden vorangehenden §§ die zwei über das civilrechtliche Testament aufgeworfenen Fragen festgestellt zu haben. Es gab einestheils auch mündliche Testamente, und die schriftlichen, welche bald in den vorherrschenden Gebrauch kamen, waren von Anfang an der obsignatio der bei ihrer Errichtung mitwirkenden Solennitätspersonen unterworfen. — Ob nun aber die weiteren Regeln, welche in den fr. 22 u. 30. qui test. fac. poss. über die obsignatio enthalten sind, von jeher festgestanden haben, wage ich nicht zu entscheiden. Auch kommt darauf wenig an, denn wenn man auch die Rechtsansicht allgemein anerkannte, daß jede publici privatique contractus scriptura von den Zeugen zu besiegeln sei, so konnte dabei doch die Sitte in der Form der Besiegelung, und der etwaigen Beischreibung des Namens vielfach sich verändern, ohne daß dadurch das Wesen der Sache eine andere Gestalt angenommen hätte [1]).

Wichtiger ist die Frage, ob auch alle beim Civiltestament

---

an.) So kommen in fr. 32. §. 1. de furtis: „testes et (d. h. „und zwar") signatores vor.

16) fr. 23. qui test. fac. poss. — fr. 9. de b. p. s. t.

1) So nehmen in den angeführten Stellen Ulpian und Paulus bereits an, daß Besiegelung ohne Beischreibung des Namens und umgekehrt das Testament ungiltig mache. Von jenem SC. dies abzuleiten, scheint mir nicht passend. Es liegt so nahe, daß wo man sein Siegel abdruckt, man auch seinen Namen beischreiben werde. Daß die Institutionen (§. 3. de test. ord.) von sacrae constitutiones sprechen, läßt sich leicht erklären. S. Dernburg S. 320 ff.

zugezogenen Solennitätspersonen dasselbe besiegelt hätten. Es bildet dieselbe den unmittelbaren Uebergang zur Erörterung des Prätorischen Testamentsrechtes. Da, wie oben nachgewiesen ist, beim schriftlichen Testament der **familiae emtor** nur noch eine Scheinperson gewesen sein kann, so stand nichts entgegen, ihn wenigstens in Beziehung auf die **obsignatio** mit den **testes** und dem **libripens**, (**qui testium numero est** [2])) gleichzustellen. Die Unterschiede, welche sich zwischen dem **familiae emtor** und den **testes** finden, schreiben sich alle aus der Zeit her, wo die **fam. manc.** noch kein bloßes Scheingeschäft war. Seitdem sie dies geworden war, dachten freilich die Römer nicht daran, auch jene Unterschiede fallen zu lassen, aber von der anderen Seite wäre es thörigt gewesen, jetzt noch immer diese Unterschiede zu vermehren. — Auch geht es ziemlich deutlich aus Cicero hervor, daß alle diese sieben Personen das Testament besiegelten. Er nennt sie die **obsignatores**, und er will doch offenbar damit alle Personen bezeichnen, welche bei der Errichtung des Testamentes mitwirken [3]). Mag nun aber die Zahl der Besiegelnden gewesen sein, welche sie wolle, so steht es durch die Edictsworte fest, daß der Prätor zu seiner **sec. tab. b. p.** gerade so viel Siegel erforderte, als nach dem Civilrechte nöthig waren (**non minus multis signis quam e lege oporteat**), und das ist der eigentlich für uns wichtige Punkt, indem daraus unzweifelhaft hervorgeht, daß der Prätor, weit entfernt eine neue Testamentsform einzuführen, eine Klasse aufgestellt habe, welche mit den civilrechtlichen Grundsätzen der testamentarischen Succession wesentlich übereingestimmt haben muß [4]). —

---

2) **Gai. II. 107.**

3) Hiedurch wiederlegt sich das Bedenken Huschke's daß der **familiae emtor** nicht mit besiegelt haben könne. Richtersche Jahrb. a. a. O. S. 23. u. das **Instr. donat. Flav. Syntr. p. 52.**

4) Indem wir so sehen, daß der Prätor bloß die Siegelzahl des Civilrechts anerkannte, gewinnen wir nun auch wieder einen neuen Beweis dafür, daß das Civilrecht 7 Siegel erforderte, denn im Prätorischen ist gerade immer von dieser Zahl die Rede.

Uebrigens erheben sich hier noch wieder Zweifel, ob auch wirklich

Zu diesem selben Resultat gelangen wir übrigens auch noch durch andere Beweise.

Gaius und Ulpian reden beide nur von einer einzigen Art des zu ihrer Zeit gültigen Testamentes, nämlich vom Mancipationstestamente:

> hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Gai. II. 103. — Ulp. XX. 2. hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit. —

Wenn dabei noch Zweifel bestehen könnten, daß es dennoch ein eigenes Prätorisches Testament gebe [5]), so müssen diese völlig durch die Art verschwinden, wie Gaius und Ulpian nun in der That von dem sprechen, was man das Prätorische Testament nennt. Non tamen, so beginnt Gaius II. 17. diesen Gegenstand, per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jura facta sunt, vel jure facta postea irrita facta, aut rupta sunt. Unter dem Ausdrucke: non jure factum testamentum versteht er das, was man heutzutage das Prätorische Testament heißt, und schon darin liegt, daß hier nicht von einer Urkunde die Rede sein könne, die der Prätor für ein vollkommen gültiges Testament hätte

---

diese 7 Siegel die 5 Zeugen, den libripens, und den familiae emtor repräsentiren, indem wir außerdem noch die räthselhafte Person des antestatus finden, so daß man entweder acht Siegel annehmen müßte, (und davon ist doch nirgends die Rede) oder den familiae emtor als nicht siegelnd zu denken hätte; was doch wieder schon nach dem oben (zu Note 2.) Gesagten nicht wahrscheinlich ist.

Meine Ansicht über den antestatus hier auseinander zu setzen, würde mich zu weit führen, wodurch denn aber freilich diese Schwierigkeiten vielleicht gelöst werden könnten.

5) Man hat gewöhnlich jene Stellen für nicht widersprechend angesehen, indem, sagte man, in ihnen bloß vom Civilrecht die Rede hätte sein sollen. — Aber konnten jene Juristen so undeutlich sein wollen, eine neue Testamentsform, weil sie vom Prätor ausgegangen war, nicht zu erwähnen? Sie wollten doch ihr damaliges Recht, und nicht bloß ihr Civilrecht darstellen. — Fabricius macht schon die Bemerkung, daß in den Pandekten nirgends der Ausdruck praetorium testamentum, oder praetorio jure testari vorkomme (S. 121.).

gelten lassen. Jedenfalls aber geht dies daraus hervor, daß er das non jure factum testamentum auf ganz gleiche Stufe mit zwei anderen vitiösen Testamenten stellt, bei denen Niemand an eine eigene neue Testamentsart denkt. Der Schutz, den der Prätor allen dreien zu Theil werden läßt, ist ganz von derselben Art, und der Character einer Ausnahme von der Regel des Civilrechts, welche der Prätor nichts destoweniger dabei anerkennt, ist gar nicht zu verkennen. Denn wenn er den Satz aufstellt, daß jene vitiösen Testamente „non per omnia inutilia" seien, also in gewissen Fällen Wirkung haben sollten, so folgt doch daraus, daß er, abgesehen von diesen Fällen, sie noch immer für ungiltige Testamente anerkennt, daß daher noch zu Gaius Zeit, also schon nach der Perpetuation des Edictes durch Hadrian, Niemand daran dachte hierin eine neue Testamentsform zu finden.

Ueberhaupt muß man, wenn man in der Römischen Rechtsgeschichte auf sicherem Wege wandeln will, folgenden Satz nie aus den Augen verlieren: Wenn auch in einzelnen Fällen der Prätor dem Civilrecht entgegentreten darf, so bleibt es doch immer die Regel, daß er ganz dem jus civile gemäß seine Jurisdiction einzurichten hat. Dies Letztere müssen wir stets präsumiren, jenes Erstere dürfen wir nur in Folge eines entscheidenden Beweises annehmen. Es muß also wenigstens anfangs der Prätor die Regeln des Civilrechts, wonach in gewissen Fällen eine völlige Ungültigkeit des Testamentes angenommen wurde, durchaus haben gelten lassen; von diesem Anfange sprechen wir gerade hier, und so ist denn (abgesehen von den einzelnen später zu erwähnenden Ausnahmen, welche auch nie die Regel selbst vernichtet haben) als das Grundprincip aufzustellen:

> daß der Prätor in der b. p. sec tab. eine nicht dem Civilrecht entgegenstrebende, sondern rein auf die civilrechtlichen Grundsätze über Gültigkeit der Testamente gebaute testamentarische Succession aufgestellt habe [6]).

6) M. a. W. die sec. tab. b. p. ist eine confirmandi jur. civ.

In diesem Principe liegt offenbar Folgendes:

a) Der Prätor konnte unmöglich im Sinne haben, nur dem scriptus heres die b. p. sec. tab. zu verleihen, welcher bewiese, daß das Testament ein nach allen Seiten hin vollkommen gültiges sei. Einestheils würde Niemand sich die Unbequemlichkeit haben auflegen wollen, diesem Verlangen nachzukommen. Anderntheils aber würde ein solches langwieriges Beweisverfahren schlecht zu dem ganzen Plane gepaßt haben, welchen wir oben als den Einführungsgrund der b. p. darstellten. Also: der Prätor mußte bei der Ertheilung der b. p. sec. tab. nur auf einige Haupterfordernisse des Mancipationstestamentes sehen. Wenn diese nun vorhanden waren, so mußte er präsumiren, es sei ein vollkommen gültiges Civiltestament, und diese Präsumtion, in Folge deren also der scriptus sogleich in den Besitz des Vermögens kam, mußte in den meisten Fällen sich als richtig bewähren, da fehlerhafte Testamente doch immer nur zu den Ausnahmen gehören.

b) Indem aber die ganze Ertheilung der b. p. sec. tab. auf einer Wahrscheinlichkeitsrechnung ruhte, so mußte auch, wenn diese letztere nicht glückte, also wenn nach der Ertheilung der b. p. ein Fehler des Testamentes zum Vorschein kam, die b. p. von selbst zusammenfallen. Denn der Prätor hatte sie nur dem in einem völlig gültigen Mancipationstestamente Instituirten ertheilen wollen, wovon er sich nur wegen der unter a) angegebenen Gründe nicht gleich bei der Ertheilung der b. p. Gewißheit verschaffen konnte. Er überließ es also, was offenbar das Einfachste war, der Zeit, ob sie die Richtigkeit seines Wahrscheinlichkeitsbeweises bestätigen oder die Unrichtigkeit desselben an den Tag bringen werde.

In diesen zwei Sätzen ruht der Kern der ganzen sec. tab. b. p., wie ich in meiner historia b. p. sec. tab. [7]) weiter ausgeführt habe. Wenn es auch nicht meine Absicht

gratia proponirte Klasse; wie dies ausdrücklich im §. 1. J. de b. p. gesagt wird.

7) p. 9 – 24.

sein kann, die ganze dort gegebene Argumentation hier zu wiederholen, so müssen doch um des Zusammenhanges willen die wesentlichsten Punkte hervorgehoben werden.

ad a. Der Prätor erforderte anfangs nur (wie wir aus den Ciceronischen Edictsworten sehen) die Vorzeigung einer Urkunde (tabulae), welche mit den vom Civilrecht geforderten signa versehen war. Also er ließ sich nur die äußere Gestalt des Mancipationstestamentes darthun; und präsumirte daraus auf dessen innere Gültigkeit.

Ich glaube in der angeführten Abhandlung nachgewiesen zu haben, daß indeß dieser Beweis der bloß äußeren Erfordernisse mit der Zeit nicht mehr genügte, sondern daß zwischen Cicero und Gaius noch ein zweiter Beweis hinzukam, der ebenfalls noch vor Ertheilung der b. p. zu leisten war. Es mußte nämlich noch dargethan werden, daß der Testator als civis Romanus und suae potestatis gestorben war [8]).

Dieser Zusatz ist folgendermaßen zu erklären: Sobald eine Urkunde die äußere Gestalt eines Testamentes hat, so kann man daraus an und für sich noch nicht mit Sicherheit präsumiren, daß es auch an keinem inneren Mangel leiden werde. Aber hier muß nicht auf einen einzelnen Fall, sondern auf das ganze Rechtsleben eines Volkes Rücksicht genommen werden; und dabei stellt sich folgendes Resultat heraus. Wenn man alle Testamente, (d. h. alle Urkunden, die äußerlich die Gestalt von Testamenten hatten) [9]), soviel ihrer in einem bestimmten Zeitraum in Rom errichtet wurden, zusammennahm, so konnte man sicher sein, daß die Mehrzahl davon völlig gültig war. Der Prätor nahm gerade auf die Gesammtheit aller Testamente Rücksicht, und versprach daraus die b. p. zu ertheilen, sobald sie nur die äußere Gestalt eines gültigen Testamentes hätten.

---

8) Gai. II. 147. Ulp. XXIII. 6. fr. 2. §. 3. unde legit. — cf. Meine Historia b. p. s. t. p. 12 — 15.

9) fr. 2. §. 1. test. quemadm. aper. — Testamentum proprie illud dicitur, quod jure perfectum est. Sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae vel falsa sunt, vel injusta, vel irrita, vel rupta. Itemque imperfecta solemus testamenta dicere.

In den meisten Fällen also muß seine Vermuthung eingetroffen sein, mithin derjenige den Besitz erhalten haben, den gerade der Prätor allein berufen wollte, nämlich der Civil-Testamentserbe. Und dies war dann doch auf eine äußerst bequeme und einfache Weise durch einen leicht zu erbringenden Beweis erreicht worden.

Aber es müssen, wenn auch im Verhältniß zum Ganzen in der Minderzahl, dennoch nicht selten die Fälle vorgekommen sein, wo nach Ertheilung der b. p. ein Fehler des Testamentes zu Tage kam. Jedenfalls mußte die b. p. dadurch wirkungslos werden, aber es lag doch auch im Interesse des Prätors, namentlich in der Zeit zwischen Cicero und Gaius, wo die b. p. ein ausgebildetes System geworden war, — die Fälle zu vermindern, in denen die einmal ertheilte b. p. wieder wegfiel; m. a. W. sich vor Ertheilung der b. p. das Nichtvorhandensein eines Infirmationsgrundes beweisen zu lassen. Freilich konnte der Prätor, wie schon oben bemerkt ist, nie daran denken, auf diese Weise alle Infirmationsgründe zu entfernen. Die Schwierigkeit des Beweises würde die ganze Tendenz der b. p. vernichtet haben.

Dagegen konnte der Prätor leicht noch einzelne Punkte auswählen, bei denen die Negative sich unschwer durch das umgekehrte Positive beweisen ließ. Das ist gerade der Fall bei jenem Beweise, den der Prätor in der Folgezeit noch forderte (s. Note 8.), daß nämlich der **testator** als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei. Dadurch waren die Hauptfälle des später eingetretenen Mangels der **testamentifactio** ausgeschlossen. — Weßhalb nun gerade der Prätor diesen Fall ausgewählt habe, ließe sich etwa dadurch erklären, daß dieser am meisten vorgekommen sein werde, daß er also damit die meisten Fälle, in denen bisher die b. p. wieder ungültig geworden war, aufheben wollte. Und in der That läßt sich dies auch sehr wohl denken. Bei der Errichtung eines Testamentes lag es ganz in der Macht des Testators die vorgeschriebenen Formen gehörig zu beobachten, seine Notherben gehörig zu berücksichtigen; dagegen wird also auch selten der gefehlt haben, dem es daran lag, ein gültiges Testament zu errichten. Indessen mogte es öfters vorkommen, daß aus einem

Testamente, welches Jemand vor dem Verlust der Civität oder vor seiner Arrogation gemacht hatte, noch eine b. p. sec. tab. nachgesucht wurde, während doch durch jene cap. dim. das Testament ganz vernichtet worden war. Dem wollte also jetzt der Prätor vorbauen. Er ließ sich darthun, daß der Testator, von dem ein Testament vorgebracht wurde, die Hauptbedingungen der testamentifactio wenigstens bei seinem Tode gehabt habe, indem sich nun auch leicht vermuthen ließ, daß überhaupt keine Unterbrechung derselben seit der Testamentserrichtung statt gefunden habe.

Wenn sich auf diese Weise der Prätorische Zusatz sehr einfach aus der Häufigkeit der vorkommenden Fälle erklärt, so läßt sich für denselben noch ein anderer tieferer Erklärungsgrund auffinden, den ich in meiner angeführten Historia b. p. s. t. entwickelt habe [10]). Durch Rücksichtnahme auf die übrigen Infirmationsgründe der Testamente und durch Beachtung der Umstände, unter denen in diesen Zeiten die b. p. sec. tab. ertheilt wurde, läßt sich nämlich zeigen, daß gerade dies der einzige Punkt ist, bei dem der Prätor keinen Anhalt dafür hatte, ob das Testament gültig sei oder nicht. Indem er jetzt noch diesen Beweis forderte, so war eine völlig begründete Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß das Testament, dem zu Gunsten die b. p. ertheilt wurde, ein durchaus gültiges Civiltestament sei, daß also nur ganz ausnahmsweise die agnoscirte b. p. wegen des Bekanntwerdens eines Infirmationsgrundes, wieder hinwegfallen mußte.

§. 29. ad. b. — Wenn wir aus dem Bisherigen sehen, wie der Prätor, ganz und gar die Grundsätze des Mancipationstestamentes anerkennend, nur einen leicht zu erbringenden Beweis erforderte, wodurch es in den meisten Fällen erreicht wurde, daß der wahre scriptus heres die b. p. erhielt, — so liegt darin auch nothwendig, daß dieser b. p. ihre wesentlichste Voraussetzung entzogen wurde, sobald es sich herausstellte, daß das Testament ungiltig sei.

---

10) p. 19 — 21.

Es folgt dieses Zweite ganz von selbst aus dem Ersten, und deßhalb ist es so auffallend, daß die Schriftsteller, welche den ersten Satz vollkommen richtig anerkannt hatten [1]), doch die Folgerung daraus zu ziehen unterlassen haben.

Es stimmt dieselbe auch ganz mit dem obigen Principe überein, daß man nämlich, wo man nicht Ausnahmen nachweisen kann, zu präsumiren habe, der Prätor befolge stets die Regeln des jus civile. So mußte er denn auch hier, weil er gar nicht ein neues Testament einführen wollte, die sec. tab. b. p. ganz nach der testamentarischen Erbfolge des Civilrechts einrichten. Es mußte ganz dasselbe Verhältniß sein, als wenn heutzutage, wie so vielfach im Proceß geschieht, dem Richter bloß etwas bescheinigt, statt völlig bewiesen zu werden braucht. Die Bescheinigung schließt es nicht aus, daß in Wahrheit das Gegentheil vorhanden sei [2]). Liegt nun bereits dies Gegentheil klar vor Augen, so nimmt der Richter gar nicht das vor, was sonst durch jene Bescheinigung erlangt werden könnte. Oder wenn sich erst später ihre Unrichtigkeit herausstellt, so fällt dann auch von selbst die Verfügung hinweg, welche der Richter bereits ertheilt hatte. So auch hier.

Der Prätor läßt sich, durch den Beweis einzelner Punkte, bescheinigen, daß das Ganze ein gültiges Mancipationstestament sei, aber wenn ein vernichtender Fehler zu Tage kam, so wurde dann entweder gar keine b. p. ertheilt, oder die bereits ertheilte fiel ganz von selbst wieder hinweg, und es wurde, weil nun kein Testament vorhanden war, die Intestaterbfolge eröffnet.

Man möchte hier einwenden, daß doch die b. p. sec. tab. ebenso wie noch viele andere Klassen, ohne eine causae

1) S. Treckell l. c. p. 158 ff. Dernburg S. 213 ff. Fabricius S. 121 ff., welcher auch bezeugt, daß Savigny schon 1819 in seinen Vorträgen wesentlich dasselbe angenommen habe, wonach also das in der Zeitschr. f. gesch. R. W. I. 78. Gesagte zu beurtheilen ist.

2) Z. B. die Bescheinigung über die Nothwendigkeit einer probatio in perpetuam rei memoriam.

cognitio ertheilt würden; während hier dergleichen vorausgesetzt werde, indem der Prätor keineswegs bloß auf die im Edicte geforderten Requisite, sondern auch auf die von anderen Seite ihm bekannt gewordenen Mängel des Testamentes Rücksicht genommen, und in Folge deren die b. p. verweigert habe. Im Allgemeinen kann und will ich freilich diese Ertheilung der b. p. ohne causae cognitio nicht läugnen, aber ich glaube allerdings dies sei nur so zu verstehen, daß der Prätor, wenn ihm ein Testament mit 7 Siegeln vorgewiesen wurde, nicht selbst nach allen weiteren Erfordernissen desselben forschte, wohl aber daß er, wenn ihm auf irgend eine Weise ein Mangel aufstieß, über die Unzulässigkeit der Ertheilung sogleich entschied [3]). Wir werden hievon im Verlauf der Darstellung auch bei anderen Klassen Beispiele finden, hier haben wir nur auf die sec. tab. Rücksicht zu nehmen.

Wenn eine b. p. aus einem Testamente ertheilt worden war, und es wurde dann ein späteres Testament vorgebracht, so fiel, weil jenes Erstere rumpirt war, die b. p. ganz unzweifelhaft hinweg [4]). Wir haben also hier schon einen Fall, wo der Prätor ein Requisit anerkennt, welches ihm doch nicht gleich beim Nachsuchen der Partei bewiesen zu werden brauchte. Es sollten supremae tabulae sein, aber das heißt nur soviel, daß wenn nach Ertheilung der b. p. erhellt, daß es nicht supremae seien, dann die b. p. als gar nicht ertheilt angesehen wird.

Dieser Begriff der durchaus vernichteten b. p. muß im Römischen Rechte sehr häufig vorgekommen sein, und kann

---

3) Daß der Prätor bei Ertheilung der b. p. keineswegs sich bloß an bestimmte genau vorgeschriebene Beweispunkte hielt, sondern, um überhaupt die Erbschaftsangelegenheiten so gut wie möglich zu reguliren, auch auf Alles, was ihm sonst bekannt war, Rücksicht nahm, dafür mag hier beispielweise das fr. 7. pr. de b. p. angeführt werden. Servus ad b. p. admitti potest, si Praetor de conditione ejus certus sit. Nam et absenti .... b. p. dari potest, si hoc ipsum Praetor non ignoret.

4) Fr. 1. §. 1. de b. p. s. t. — Non autem omnes tabulas Praetor sequitur hac parte edicti, sed supremas, hoc est eas, quae novissime ita factae sunt, ut post eas nullae factae sint.

nicht genug von der b. p. sine re unterschieden werden, welche später erklärt werden wird [5]). Die Römer drücken das hier besprochene Verhältniß mit den Worten aus: **data non intelligitur, ad irritum recidit, sine effectu est** [6]), indessen finden sich diese Ausdrücke in den Pandekten nur sehr selten, weil die Römischen Juristen gewöhnt waren, alle diese Fälle gleich so zu bezeichnen, als könne in denselben gar keine b. p. nachgesucht werden. Sie sagten: **b. p. peti non potest,** oder: **non admittenda est;** und diese Ausdrücke finden sich in den Pandekten unendlich oft. Es ist von großer Wichtigkeit, festzustellen, daß sie mit jenen ersteren selten gebrauchten durchaus dieselbe Bedeutung verbinden.

Man könnte nämlich glauben, daß wenn die Römischen Juristen von einem gewissen Falle sagen: **b. p. peti non potest,** hier gerade bei der Nachsuchung der b. p. das Nichtvorhandensein dieses Falles dargethan werden mußte, so daß also dieser Beweis die B e d i n g u n g der Ertheilung der b. p. gewesen wäre. Daß dem aber nicht so sei, kann gleich aus den vielen Stellen des Titels **de sec. tab. b. p.** bewiesen werden, in denen dieser Ausdruck vorkommt. Es ist oben gezeigt, daß die Bedingungen der b. p. sec. tab. bloß der Beweis der 7 Siegel, der Civität und der Selbständigkeit des Testators zur Zeit seines Todes waren [7]). Also wer diesen Beweis lieferte, erhielt die b. p.; er brauchte z. B. nicht zu beweisen, daß der Testator auch zur Zeit der Testamentserrichtung in je-

---

5) Schon v. Löhr hebt diesen Punkt, der für das Verständniß der b. p. von so bedeutender Wichtigkeit ist, gebührend hervor. S. dessen Magazin f. R. W. u. Gesetzgebung III. S. 284 ff.

6) Vgl. fr. 16. §. 1. de inoff. test. fr. 19. de b. p. c. t. fr. 42. §. 2. de bon. libert.

7) S. § 28. Note 6. — In den dort citirten Stellen kommt auch die Redensart non potest peti vor, und ist in dem ganz strengen Sinne der Worte zu nehmen. Aber ebensowenig wie dies nicht geläugnet werden kann, läßt sich auch der minder strenge Gebrauch derselben wegräumen, wenn man nicht in unauflösliche Widersprüche gerathen will. Wir müssen daher sagen, daß aus den Worten non potest peti an und für sich noch nichts, weder für die strengere noch die laxere Wortbedeutung entnommen werden kann.

der Hinsicht die testamentifactio gehabt hatte. Dennoch sagt fr. 1. §. 8. de b. p. sec. tab.:

> Exigit Praetor, ut is, cujus b. p. datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, et quum facit testamentum, et quum moritur. Proinde si impubes, vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, testamentum fecerit, deinde habens testamenti factionem decesserit, peti b. p. non poterit. Sed et si filiusfamilias, putans se patremfamilias, testamentum fecerit, deinde mortis tempore paterfamilias inveniatur, non potest b. p. sec. tab. peti.

Also während Gaius II. 147. und Ulpian XXIII. 6. klar sagen, es müsse nur bewiesen werden, daß mortis tempore der Testator sui juris gewesen, wird hier vorausgesetzt, daß auch zur Zeit der Testamentserrichtung vollständige testamentifactio vorhanden gewesen sei. Dies führt uns nothwendig darauf, daß hier nicht von solchen Requisiten die Rede sei, welche gleich bei deren Agnoscirung hätten bewiesen werden müssen. Es waren freilich auch Requisite der sec. tab. b. p. die aber unter anderen Beweisregeln standen. Das onus probandi lag hier denen ob, welche ein Interesse hatten, daß keine b. p. aus dem Testamente gegeben werde. Der welcher sie erbat, hatte seiner Pflicht genügt, wenn er die drei status libertatis, civitatis und familiae, so wie die äußere Testamentsform erwiesen hatte. Daraus wurde präsumirt, der Testator habe auch bei der Testamentserrichtung die testamentifactio gehabt, was um so zulässiger war, da die vielen beim Testamente zuzuziehenden Personen sogleich bei der Errichtung die Fähigkeit des Testators ins Auge gefaßt haben werden [8]). Es läßt sich nicht denken, daß die 5 Zeugen, der libripens, und der familiae emtor eingewilligt hätten dies Testamentsgeschäft vorzunehmen, wenn sie wußten, daß der Testator mutus, surdus, furiosus, impubes oder

---

8) S. meine historia etc. p. 20. unten.

filiusfamilias sei; weil sie ja vorhersahen, daß das Geschäft durchaus ungültig sei. Der Fälle also, wo troß des Mangels der testamentifactio ein Testament errichtet worden war, können überhaupt nur sehr wenige vorgekommen sein, und so wäre es um solcher Ausnahmsfälle thörigt vom Prätor gewesen, noch einen besonderen Beweis vom Agnoscirenden zu verlangen. Er überließ es denen, welche derartige Ungültigkeitsgründe kannten, sie ihm anzuzeigen, und er konnte wegen des Interesses so vieler Personen, denen ein sec. tab. bon. possessor im Wege steht, sicher sein, daß wo ein Vernichtungsgrund des Testamentes vorhanden war, dieser ihm auch nicht werde verheimlicht werden. So müssen wir also zwei Klassen von Beweisen unterscheiden, welche sich auf die b. p. sec. tab. beziehen. Wir können die Einen die bedingenden, die Anderen die vernichtenden nennen. Jene liegen dem Agnoscirenden ob, diese dagegen denen, welche ein Interesse haben, die sec. tab. b. p. hinwegzuräumen. Jene bestehen bloß in den drei Punkten: 1) tabulas septem signis signatas esse, testatorem mortis tempore 2) civem Romanum et 3) suae potestatis fuisse. Diese dagegen können sehr verschieden sein, und es werden uns davon mehrere in unseren Quellen mit dem Ausdrucke b. p. peti non potest angegeben, ohne daß dabei eine gänzliche Vollständigkeit bezweckt wäre. Folgende Fälle, die hieher gerechnet werden könnten, finden sich abgesehen von dem fr. 1. §. 8. cit. in dem Titel de sec. tab. b. p., aus denen allen sogleich hervorleuchtet, daß es die Regeln des Civilrechts über testamentarische Erbfolge sind:

1) Wenn es nicht supremae tabulae sind. fr. 1. §. 1.

2) Wenn die vorgebrachte Urkunde nur das exemplum eines Testamentes ist. fr. 1. §. 7.

3) Wenn der Testator selbst das Band des Testamentes zerschnitten hat. fr. 1. §. 10. — [9]).

---

9) Hier entstehen Zweifel, ob nicht, wenn ein solches Testament mit zerschnittenen Bändern vorgebracht wurde, gleich bewiesen werden mußte, daß der Testator es nicht gethan habe. Im citirten fr.

4) Wenn der Name des heres ins Testament eingefälscht ist, ebensogut wie wenn der Testator Jemanden geschrieben hat, den er nicht zum heres haben wollte. fr. 2. §. 7. fr. 6. in f. (vgl. fr. 9. pr. de her. inst.) —

5) Wenn der Name des Erben mit Willen des Erblassers ausgestrichen ist, so kann in Folge dessen keine b. p. ertheilt werden, ebensogut wie eine hereditatis aditio dadurch unmöglich gemacht wird. Auch hier erhebt sich dasselbe Bedenken, wie bei № 3. Es ist doch nichts anders denkbar, als daß der Prätor in dem ihm vorgebrachten Testamente erst nachsah, ob sich darin auch der Name des Vorbringenden finde [10]). Und ebensogut wie er gewiß nie die b. p. ertheilte, wenn er

---

heißt es nämlich non videntur signatae, et ideo b. p. peti non potest. Ulpian stellt dies also unter den allgemeinen Begriff des Signirtseins, und das war ein bedingender Beweis. Wenn dies richtig ist, so wird dadurch das Obige sehr bestärkt, wonach das Erforderniß der 7 Siegel überhaupt die äußere Gestalt des Mancipationstestamentes bedeute.

Daß hier in der That von einem bedingenden Beweise die Rede ist, scheint auch aus dem folgenden § hervorzugehen, wo noch von ähnlichen äußeren Mängeln die Rede ist, und Ulpian einen Beweis des Vorbringenden voraussetzt (maxime si proponas, vel unum linum tenere). — Daraus geht auch hervor, daß in solchen Fällen der Vorzeigung gleich eine causae cognitio erfolgen mußte.

10) Ich glaube nicht, daß dem das fr. 1. §. 2. de b. p. sec. tab. „nec enim opus est, aperire eas, ut b. p. sec. agnoscatur" — entgegenstehe. Es wird davon gehandelt, ob, wenn die tabulae vorhanden, aber nicht gleich zu bekommen sind, eine b. p. agnoscirt werden könne. Es wird dies bejaht, also die Vorschrift des proferre wird nur so verstanden, daß der Beweis des exstare zu liefern sei. Dies wird damit begründet, daß doch das „aperire" kein nothwendiges Erforderniß sei. Aber darin liegt nicht, daß wenn die tabulae wirklich vorgebracht wurden, man sie nicht auch eröffnete. Gewiß mußte doch der, welcher kein Testament vorbrachte, sondern nur das exstare darthat, auch beweisen, daß er darin eingesetzt sei, sonst hätten ja Hunderte und Tausende die b. p. agnosciren können. An die Stelle dieses Beweises trat im gewöhnlichen Falle, wenn nämlich die tabulae vorgebracht wurden, die Eröffnung und das Lesen von Seiten des Prätors.

gar keinen Namen im Testamente fand (fr. 11. de inj. rupt. test.), so kann er dies ebensowenig gethan haben, wo der Name des scriptus durchgestrichen war, oder, um es allgemein zu sagen, wo der Testator etwas von den Erfordernissen versäumt hat, die das Civilrecht über den Ausdruck der Erbeseinsetzung aufstellt. Es scheint mir kein Zweifel möglich, daß wirklich dies ein Gegenstand der Untersuchung vor Ertheitheilung der b. p. gewesen sei, wegen des fr. 12. de b. p. s. t., wo Paulus sagt:

> Ut scriptus heres agnoscere possit bon. poss., exigendum puto, ut et demonstratus sit propria demonstratione[11]), et portio adscripta ei inveniri possit, licet sine parte institutus sit. . . . . Quodsi ita heres scriptus sit, ut interim excludatur testamento, eo quod non invenitur portio ex qua institutus est, nec bonorum possessionem petere potest.

Hier wird ganz dasselbe zuerst positiv, dann negativ ausgedrückt[12]) und gerade jene positive Ausdrucksweise ut agnoscere possit, exigendum puto) zeigt, daß hier von wahren Bedingungen der b. p. die Rede ist. Und überdem ist es auch schon von vorn herein nicht anders denkbar, als daß der Prätor das vorgebrachte Testament sogleich gelesen haben muß, also auch gleich auf die Punkte Rücksicht nahm, welche ihm schon beim ersten Durchlesen das Gesuch des Producenten als unzulässig erscheinen ließen.

§. 30. Aus dem vorigen § können wir folgenden Schluß ziehen:

1) Der Prätor forderte im Allgemeinen als bedingende Beweise nur jene drei Punkte, die signatio, die Civität und Selbständigkeit des Sterbenden.

2) Er untersuchte aber in gewisser Weise gleich den In-

11) D. h. daß man wirklich erkennen kann, wen der Testator gemeint hat. Denn im Uebrigen schadet eine falsche demonstratio ebensowenig wie im Civilrecht. fr. 8. §. 2. h. t.

12) Ebenso wie bei Gai. II. 147.

halt des Testamentes, um zu sehen, ob sich nach den civilrechtlichen Regeln eine Institution des Producenten darin finde. Einen bedingenden Beweis kann man dies nicht nennen, da der Producent selbst dabei gar keine Thätigkeit äußert, aber dennoch ist diese Untersuchung wahre Bedingung der Ertheilung der b. p.

3) Wenn es sich dabei ergab, daß allerdings die äußeren Erforderniße des Testaments so wie die gehörige Ausdrucksweise vorhanden gewesen waren, aber zugleich die Spuren späterer Vernichtung an sich trugen, also wenn z. B. die lina zerschnitten, der Name des heres ausgestrichen war, so sprach dies zu sehr gegen die civilrechtliche Gültigkeit des Testamentes, auf die doch der Prätor allein sah, als daß er nicht, noch vor Ertheilung der b. p., den Beweis hätte fordern müssen, es seien diese Beschädigungen contra voluntatem testatoris geschehen. — Also auch dies kann man nicht unter die bedingenden Beweise stellen, da sie nicht von vorn herein gefordert werden, und sehr viele b. possessiones sec. tab. ganz ohne dieselben vorkommen mußten. Sie werden erst dadurch veranlaßt, daß das vorgebrachte Testament selbst Anlaß zu Zweifeln über seine Aechtheit darbietet, sie sind aber alsdann ebenso wie die vorigen beiden Punkte wahre Bedingung für die Ertheilung der bonor. poss.

4) Alle anderen Infirmationsgründe des Testamentes dagegen, also namentlich die vielen Fälle der mangelnden testamentifactio und die im vorigen § unter № 1. 2 u. 4 bemerkten, gehören in das Gebiet der vernichtenden Beweise. Ihre Hinwegräumung ist nicht wahre Bedingung für die Ertheilung der b. p., sondern da sie vom Producenten nicht verlangt wird, so kann wirklich aus einem in dieser Weise ungiltigen Testamente der Prätor seine Hülfe ertheilt haben. Es stehen diese Fälle ganz dem des untergeschobenen Testamentes gleich, aus welchem eine b. p. erbeten worden war. Hier wird ein Anderer vorausgesetzt, welcher dem b. possessor entgegen, die Ungiltigkeit darthut [1]).

---

1) fr. 14. de b. p.

Es ist wichtig, diesen Punkt noch genauer festzustellen, namentlich um dann später zeigen zu können, wie unendlich verschieden davon die Fälle sind, in denen eine b. p. zur sine re wird. Das darf hier gleich bemerkt werden, weil es unzweifelhaft ist, daß die b. p. nur durch Anstellung der her. pet. von Seiten eines besser Berechtigten sine re wird, also es ist dabei immer ein wahrer Erbschaftsstreit vorausgesetzt, der in gehöriger Weise mit Theilung des Verfahrens in jure und in judicio verhandelt wird. Es ist unmöglich, daß wir auch jenen vernichtenden Beweisen diese engen Gränzen eines Erbschaftsprocesses anweisen dürften. Darin würde liegen, daß deren Geltendmachung nur dem zustehe, welcher die her. pet. gegen den bon. possessor anzustellen berechtigt ist.

Allerdings wird in den meisten Fällen gegen den sec. tab. b. possessor gerade der auftreten, welchem durch Hinwegräumung desselben die Erbschaft zufällt. So stellt z. B. nach dem citirten fr. 14. der nächste propinquus die falsi accusatio an, um dann die b. p. unde cognati agnosciren zu können. Aber jedenfalls sieht man aus dieser Stelle, daß wenn in diesem Falle aus dem untergeschobenen Testamente eine b. p. agnoscirt war, diese durch den Beweis des Gegners, daß es ein falsches Testament sei, nicht sine re, sondern als völlig non data angesehen wurde. Denn sine re kann eine voranstehende b. p. durch eine nachfolgende prätorische Erbklasse nie werden; auch kann, wenn eine b. p., mag sie zur sine re geworden sein, einmal agnoscirt ist, keine folgende b. p. mehr ertheilt werden, und überhaupt ist es die allgemeine Regel, daß eine jede gültig ertheilte b. p. alle weitere Delation der b. p. aufhebt [2]). Wenn nun im fr. 14. allgemein gesagt wird, daß nach dem Gelingen der falsi accusatio die b. p. unde cognati agnoscirt, ja sogar, wenn während des Processes die Frist abgelaufen war, als erbeten fingirt werden dürfe, so liegt doch darin offenbar, daß eine auf

2) Dieser Satz wird im Verlauf der Darstellung genugsam bewiesen werden können. S. einstweilen fr. 42. §. 2. de bon. libertor.

den Grund des falsum testamentum ertheilte b. p. völlig vernichtet sein, daß sie, weil ihr eine andere b. p. folgte, als gar nicht ertheilt angesehen werden mußte.

Aber zugleich kann auch nicht bezweifelt werden, daß die falsi accusatio nicht bloß von dem angestellt werden durfte, welcher gegen den sec. tab. b. possessor die her. pet. geltend machen, oder nach ihm die nächste b. p. agnosciren durfte. Wenn also auch irgend ein Anderer mit jener accusatio durchgedrungen war, so muß doch für die sec. tab. b. p. ganz dasselbe Resultat, nämlich völlige Vernichtung daraus hervorgegangen sein, und endlich, wenn schon, ehe die b. p. ertheilt worden, die Verfälschung sich dargestellt hatte, so ist nicht daran zu denken, daß noch eine sec. tab. b. p. ertheilt worden wäre, auch wenn an und für sich jenen Bedingungen, unter denen der Prätor sonst die b. p. gab, genügt werden konnte.

Was hier von dem falsum testamentum gesagt ist, wird ebensowenig auch für die im vorigen § angeführten Fälle bezweifelt werden können, wenn nämlich bloß der Name des heres in dem sonst ächten Testament durch Irrthum oder Betrug verfälscht war, wenn die vorgebrachte Urkunde nur ein exemplum oder ein früheres Testament war, oder endlich wenn die testamentifactio dem Testator gefehlt hatte. Von allen diesen Fällen heißt es „b. p. peti non potest“, und wenn auch von der einen Seite dies hier nicht so streng gemeint ist, wie bei den bedingenden Beweisen, so kann doch auch unmöglich weniger darin liegen, als was eben vom falsum testamentum gesagt wurde. Wir müssen bei allen gleichmäßig die Wirkung annehmen, daß sobald ein solcher Infirmationsgrund bekannt wurde, die schon ertheilte b. p. als non data erschien, die zu ertheilende nicht mehr nachgesucht werden konnte (peti non poterat). Wir müssen ebenfalls annehmen, daß die Vorbringung dieser Infirmationsgründe keineswegs nothwendig an einen bestimmten Erbschaftsproceß geknüpft war, sondern daß hier bloß von einer dem Prätor zu gebenden Ueberzeugung die Rede ist. Die ganze Ertheilung der b. p. ist ja rein eine aus dem

imperium des Prätors fließende Befugniß[3]). Der Prätor verspricht nur aus einem Mancipationstestamente die b. p. zu ertheilen, er läßt sich dazu jedoch nur einzelne Erfordernisse dieser Testamente beweisen. Nothwendig müssen denn doch auch die vernichtenden Beweise ihm selbst erbracht werden können, so daß er nun seine frühere auf eine Wahrscheinlichkeitsrechnung gestützte Verfügung selbst wieder vernichtet, oder überhaupt wegen des schon vorliegenden Gegenbeweises gar nicht eintreten läßt[4]). Wir müssen also den Schluß ziehen, daß, ganz abgesehen von einem processualischen Verfahren, ein jeder Umstand, durch den der Prätor die feste Ueberzeugung von der Ungiltigkeit des Testamentes gewann, ein Aufhebungsgrund für die sec. tab. b. p. wurde.

> Völlig bestätigt wird dies durch folgende Stelle: fr. 19. qui test. fac. poss. — Si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit[5]), secundum eas b. p. dari non potest, licet filiusfamilias sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamentifaciendi facultatem non habuit.

Wenn schon bei den im vorigen § aufgezählten fünf Fällen darauf aufmerksam gemacht ist, daß es lauter Regeln des Civilrechts seien, um derentwillen die b. p. sec. tab. für unzulässig erklärt wird, so muß um so mehr hier bemerkt werden, wie diese Stelle die Ansicht eines eigenen Prätorischen Testamentes unmöglich macht. Es wird ausdrücklich gesagt,

---

3) fr. 1. de jurisdict.

4) Es läßt sich noch der Mittelfall denken, daß der Prätor Jemandem die b. p. gegeben hat, und nur erst vermuthet, daß sie sich als unbegründet herausstellen werde. Hier half er sich wohl mit einem interimistischen Veräußerungsverbot. fr. 7. §. 5. pro emtore „Qui sciens emit ab eo, quem Praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capiet."

5) Damit wird ausdrücklich darauf hingedeutet, daß hier an und für sich die äußere Gestalt des Testamentes der Agnition der b. p. nicht entgegensteht.

daß die bedingenden Beweise (si signaverit, licet filiusfam. sui juris aut servus liber factus decesserit) völlig erbracht sind, und dennoch wird das Testament für nullum erklärt.

Aber die Stelle enthält noch mehr. Weil das Testament durchaus nichtig ist, so folgt es, daß eine daraus ertheilte b. p. sogleich als non data zusammenfallen muß, sobald eben der Mangel der testamentifactio bekannt wird. Es kann nicht davon die Rede sein, daß hier erst auf die hereditatis petitio des Nächstberechtigten, also darauf, daß die b. p. sine re wird, gewartet werde sondern sie geht auch ohne das Auftreten eines bestimmten Gegners unter; dem b. possessor werden die Klagen denegirt, und die nächste Klasse kann wieder eine b. p. agnosciren, während dies, wenn die b. p. nur sine re wäre, nicht möglich ist. — Ebensogut kann aber in einem solchen Falle, wenn der Infirmationsgrund des Testamentes bereits von Anfang an bekannt ist, die b. p. sec. tab. gar nicht agnoscirt werden. Das sagt die Stelle ausdrücklich, indem sie besonders noch darauf Rücksicht nimmt, daß die bedingenden Beweise dabei keineswegs mehr ausreichen, woraus man eben sieht, daß sie nichts als eine Wahrscheinlichkeitsrechnung enthalten, welche neben der Gewißheit des Gegentheils natürlich nicht bestehen kann. Auch hier sehen wir wieder den Unterschied mit der b. p. sine re; wegen des Mangels der testamentifactio wird gar keine b. p. ertheilt, während dies bei einer b. p. sine re immer der Fall ist, wo denn nur die ertheilte b. p. in eigenthümlicher Weise unwirksam gemacht wird.

Was die angeführte Pandektenstelle über den Mangel der testamentifactio sagt, dies muß noch viel mehr von den anderen im vorigen § unter № 1. 2 u. 4. bemerkten Fällen gelten, aber es entsteht die Frage, ob damit das ganze Gebiet der vernichtenden Beweise erschöpft ist?

Jene Fälle sind offenbar nicht mit der Absicht, die Sache zu erschöpfen angeführt, und außerdem ergeben sie alle das gemeinsame Resultat, daß sie nichts als civilrechtliche Regeln über die Gültigkeit der Testamente enthalten. Es liegt doch also sehr nahe, ob nicht auch alle übrigen civilrechtlichen In-

firmationsgründe des Testamentes zu der b. p. sec. tab. sich als vernichtende Beweise verhalten? Und in der That glaube ich dies unbedenklich bejahen zu dürfen.

Es geht dies schon aus dem Principe hervor, welches oben aufgestellt ist, daß man überhaupt den Prätor so lange dem Civilrecht folgend annehmen müsse, bis die Abweichungen davon bewiesen würden. Noch mehr aber folgt es aus dem besonderen Principe der b. p. sec. tab., worin wir die vollständige und alleinige Aufrechterhaltung des civilrechtlichen Testamentes wiedererkannt haben. Der Schluß, welchen der Jurist in fr. 19. qui test. fac. poss. „b. p. sec. tab. dari non potest, quia nullae sunt tabulae testamenti," ausspricht, ist so allgemein, daß er uns auch für andere Infirmationsgründe, als den Mangel der testamentifactio, auf dem richtigen Wege leiten wird, bis wir ausdrückliche Abweichungen davon bemerken. So kann ich es also:

a) nur für eine grundlose Behauptung halten, daß der Prätor die unitas actus, die conventio testium in unum, die praesentia testatoris nicht für nöthig gehalten habe [6]).

b) Ebenso muß auch jeder Fehler bei den weiteren Förmlichkeiten des Mancipationstestamentes [7]), die sec. tab. b. p. vernichtet haben.

c) Und endlich muß dasselbe auch gegolten haben, wenn durch Präterition des filius in potestate oder des postumus das Testament annihilirt wurde.

Daß auch diese Fälle dem Principe nach zu den vernichtenden Beweisen gehören, läßt sich zuletzt, und wie ich glaube ganz entscheidend gerade durch die Ausnahmen darthun, welche davon mit der Zeit im Prätorischen Edicte aufgestellt

---

6) Dernburgs (S. 242) einziger Grund ist, daß sich ja dies Alles der Prätor bei der Ertheilung der b. p. nicht haben beweisen lassen. Die Antwort darauf ist, daß alle diese Punkte in die Klasse der vernichtenden Beweise gehören.

7) „Velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba „testator locutus non sit". Gai. II. 119.

wurden [8]). Indessen sind diese Ausnahmen unter dem Gesichtspunkte einer eigenen vom Prätor neu geschaffenen Erbklasse aufzufassen, und können daher in diesem ersten Buche noch nicht erwähnt werden, in welchem wir nur die civilrechtlichen ordines, als ursprünglich allein im Begriffe der b. p. liegend, zusammenstellen.

§. 31. Es bleibt hier nur noch eine Frage in Beziehung auf die sec. tab. b. p. zu beantworten übrig. Da nämlich gezeigt worden ist, daß dabei das Mancipationstestament vom Prätor durchaus anerkannt sei, so muß es auffallen, daß hier bisher immer nur das schriftliche Mancipationstestament vorausgesetzt wurde, und es ist zu untersuchen, ob nicht auch auf den Grund eines nuncupativen Testamentes eine b. p. habe ertheilt werden können. Bekanntlich wird dies von vielen Schriftstellern verneint, und jedenfalls ist klar, daß, wenn auch diese Verneinung wahr wäre, dies dem bisher entwickelten Princip der b. p. keinen Eintrag thun könnte. Denn wenn man sagt, der Prätor sei durchaus den civilrechtlichen Grundsätzen der testamentarischen Erbfolge gefolgt, so liegt darin noch nicht, daß er nun auch nothwendig eine b. p. sec. nuncupationem hätte geben müssen. Es waren, wie ich oben entwickelt habe, die schriftlichen Testamente gewiß in der ganzen Zeit, wo es eine b. p. gegeben hat, in so vorherrschendem Gebrauch, daß der Prätor sehr wohl sich darauf beschränken konnte, also nur in Ausnahmsfällen sein Institut unbrauchbar war. Damit muß dann doch immer anerkannt werden, daß er ganz und gar sich den Regeln dieses schriftlichen Civiltestamentes angeschlossen habe.

Aber von der anderen Seite scheint mir auch kein Grund aufgefunden werden zu können, weßhalb sich der Prätor auf das schriftliche Testament sollte beschränkt haben, weßhalb er nicht für die, wenn auch seltenen Fälle der nuncupativen letzten Willen seine allgemeine Absicht, den heres zur baldigen Antretung zu bewegen, habe realisiren wollen? Ja noch mehr.

---

8) S. darüber meine historia b. p. sec. tab. p. 26—71.

Dies ganze System der b. p. hat freilich mit der Zeit mehre Erbklassen aufgenommen, welche das Civilrecht nicht kennt. Aber zugleich wird doch allgemein zugegeben, daß es auch alle ordines des Civilrechts umfaßt habe. In den Institutionen heißt es ganz unbeschränkt, daß denen qui recto facto testamento heredes instituti sunt, eine b. p. gegeben werde [1]). Wie soll es möglich gewesen sein, daß der Prätor in dieser einzigen Ausnahme sein Rechtsmittel dem heres versagt haben sollte?

Schon diese allgemeinen Gründe scheinen mit Nothwendigkeit darauf zu führen, daß die b. p. nicht auf dies schriftliche Testament habe beschränkt sein können. Aber wir müssen prüfen, ob nicht dennoch positive Quellenzeugnisse dieser Annahme entgegenstehen.

Neuerdings sind solche Quellenzeugnisse, aus denen die Unmöglichkeit einer b. p. sec. nuncupationem hervorgehen soll, am sorgfältigsten von Mayer [2]) zusammengestellt. Zuerst sei doch in der oben weitläuftig erörterten Stelle Cicero's nur von tabulae testamenti die Rede; was Asconius zu dieser Stelle noch weiter ausführe: quasi ab intestato agnati ejus succederent, quamvis diceretur testamentum fecisse, si tamen tabulae non proferrentur. Ueberdieß sei ja in den Ueberschriften der Digestentitel 37. 2 und 38. 6 nur von tabulae testamenti die Rede, wie denn auch die classischen Juristen allenthalben das Dasein von tabulae obsignatae als nothwendig voraussetzten [3]).

---

1) §. 1. J. de b. p. — Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recto facto testamento heredes instituti sunt, dat sec. tab. b. p; item ab int. suos heredes et agnatos ad b. p. vocat. Sed et remota quoque b. p. ad eos pertinet hereditas jure civili.

2) Erbrecht I. S. 132. Note 2. S. außerdem Dernburg a. a. O. S. 258. Note 39.

3) Zugleich werden angeführt Gai. II. 119. 147. Ulp. XXIII. 6. XXVIII. 6. — fr. 1. pr. de b. p. sec. tab. — fr. 11 u. 12. de inj. rupt.

Ich muß gestehen, daß mir mit allem Diesen noch gar nichts bewiesen zu sein scheint. Das ist freilich keinem Zweifel unterworfen, daß die Worte des Edicts nur von tabulae testamenti sprechen, und es ist dies eben sehr natürlich, da sie in durchaus vorherrschendem Gebrauch waren. Aber es fragt sich gerade, ob man diese Worte in der Anwendung auf das Leben in einem so strengen Sinne genommen habe, daß damit das mündliche Testament völlig ausgeschlossen war. Dafür spricht schon an und für sich die freiere Art und Weise nicht, wie man überhaupt das Prätorische Edict interpretirte; besonders aber ist noch der Umstand zu berücksichtigen, daß man auch in Beziehung auf das Civilrecht regelmäßig nur vom schriftlichen Testamente sprach, darunter aber, wie oben gezeigt ist, überhaupt alle Testamente, auch die mündlichen, verstand, woher es denn kommt, daß vom letzteren so selten ausdrücklich die Rede ist. Wenn man nun unbedenklich allgemein vom scriptus heres sprach, warum soll man sich gescheut haben von tabulae testamenti und von einer sec. tabulas bon. poss. zu reden, ohne damit behaupten zu wollen, daß es nothwendig tabulae sein mußten? Danach also beweisen die Rubriken der Digestentitel und die häufigen Erwähnungen der Juristen nichts. Wenn sie sagen, es müßten die tabulae versiegelt sein, so sagen sie doch damit nicht, daß es überhaupt nur schriftliche Testamente gebe. Wir könnten, selbst wenn uns in den Pandekten nicht die geringste Andeutung über eine b. p. sec. nunc. aufbewahrt wäre, dennoch deren Bestehen vermuthen, sobald uns dringende innere Gründe darauf führen; und dazu scheint doch das oben entwickelte Princip der sec. tab. b. p. wohl geeignet zu sein.

Was ferner die angeführte Stelle des Asconius beweisen soll, ist nicht wohl einzusehen, welcher nur den auch oben schon erwähnten Satz ausspricht, daß wenn die Frist der einen Klasse abgelaufen ist, ihr Nichtvorhandensein fingirt wird, so daß man den Uebergang zur folgenden Klasse machen kann. Asconius sagt: wenn kein Testament vorgebracht

---

„attamen si signatum fuerit testamentum, b. possessio-
„nem sec. tab. accipere heres scriptus potest."

wird, so nimmt man an, es sei keins vorhanden, auch wenn gesagt wird, es habe der Testator ein solches gemacht, und mithin wird die Intestatsuccession eröffnet. Ist denn damit gesagt, daß es keine nuncupativen Testamente gebe?

Ebensowenig kann aus fr. 3. unde liberi abgeleitet werden, welches, wie oben (§. 21. Note 5) ausgeführt ist, sagt, daß der Beweis, es sei gar kein Testament vorhanden, auch vor Ablauf der angesetzten Frist die Agnition der intestati b. p. möglich mache. Freilich ist auch hier nur von tabulae testamenti die Rede, und sehr natürlich. Der Prätor ließ sich nur das Nichtvorhandensein eines schriftlichen Testamentes beweisen, weil dies in so allgemeinem Gebrauch war [4]), daß eine Rücksichtnahme auf nuncupative letzte Willen nur unnütze Weitläufstigkeiten herbeigeführt haben würde. Aber ist denn damit gesagt, daß wenn nun doch die Errichtung eines solchen constatirt, und die Zeugen noch innerhalb der anberaumten Frist vorgebracht wurden, nicht dennoch die b. p. hätte ertheilt werden können, welche dann die etwa schon gegebene intestati b. p. wieder ungültig machte?

Endlich ist die oft angeführte l. 26. de b. p. sec. tab. von Gordian zu erwähnen, durch welche Dernburg seine Ansicht schlagend bewiesen zu haben glaubt.

> Bonorum quidem possessio ex edicto Praetoris nonnisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit.

Ich gestehe gern zu, daß wenn man bloß diese Worte ins Auge faßt, man sie wohl so interpretiren kann, als seien darin als nothwendiges Requisit der b. p. die **tabulae** aufgestellt, von denen nur noch nebenbei bemerkt werde, sie müßten signatae sein. Aber leider folgt noch ein zweiter Satz nach, der die Hoffnungen wieder zu nichte macht, welche der erste erregt hatte. Gordian fährt nämlich so fort:

---

4) Würde es uns wundern, wenn im heutigen Rechte, wo doch auch mündliche Testamente vorkommen können, bei einer ähnlichen Gelegenheit nur von der Testaments**urkunde** die Rede wäre?

Verum si eundem numerum adfuisse, sine scriptis testamento condito, doceri potest, jure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri, explorati juris est [5]). —

Angenommen, diese Worte seien nicht interpolirt, könnten also als historisches Zeugniß gebraucht werden, so bestätigt sich dadurch einestheils unsere obige Untersuchung, daß es auch nach Civilrecht ein mündliches Testament gegeben habe, und daß die Ertheilung der b. p. immer nur auf den Grund eines civilrechtlichen Testamentes geschah [6]). Anderntheils aber sehen wir auch, daß die b. p. sec. nuncupationem ebenso altes Recht sein kann, wie die sec. tabulas, indem die Worte explorati juris est im Vergleich zu in dubium non venit darauf hindeuten. Aber gerade weil das schriftliche und das mündliche Testament so ganz gleich gestellt werden, so müssen wir auch jenen ersten Satz nicht so verstehen, wie er interpre-

---

5) Es ist eigenthümlich, wie die angeführten Schriftsteller diesen Satz zu entkräften suchen. Dernburg sagt: „Nicht über alle Bedenklich„keit ist der Schluß unseres Rescripts: explorati juris est. Ver„gleichen wir aber Gründe und Gegengründe, so verdienen, nach „unserem individuellen Gefühl, die für die Meinung im „Texte angeführten den Vorzug." Uebrigens finde ich dort im Texte keine Gründe.

Mayer (a. a. O. S. 136. Note 5) meint, „wenn man diesen „zweiten Satz mit dem ersten vergleiche, und wiederum an und für „sich genau erwäge, so trüge die Constitution allzustarke Spuren der „Interpolation an sich, als daß sie mit Sicherheit zum geschichtli„chen Anhaltspunkt für die b. p. sec. nunc. benutzt werden könnte." Namentlich setzt Mayer hinter die Worte eundem, jure civili, und nuncupationem Fragezeichen. Aber was diese Worte Verdächtiges haben, weiß ich nicht. — Und wenn überhaupt Mayer diese Stelle für interpolirt hält, so ist es doch nicht rathsam, gerade den ersten Satz als historisches Zeugniß, daß es nur eine b. p. sec. tabulas gegeben habe, zu gebrauchen, wie er S. 133. thut. —

6) Vide, sagt Treckell, (p. 166.) quam praeclare haec verba sententiam meam corroborent, quod praetor ex numero testium praesumserit, testamentum secundum jus civile rite fuisse conditum.

tirt werden könnte, wenn er allein stände. Es heißt nicht: die b. p. würde nach dem Edicte des Prätors nur in Folge eines schriftlichen Testamentes gegeben, sondern der Kaiser sagt:

„wenn eine b. p. nach dem Edicte des Prätors auf ei„ne schriftliche Urkunde ertheilt werden soll, so muß „diese 7 Siegel haben, — wenn sie dagegen auf den „Grund eines mündlichen Testaments agnoscirt werden „soll, so muß dargethan werden, daß dabei 7 Zeugen „vorhanden gewesen waren."

Es sollen also in diesem Rescript nur die Erfordernisse beider b. possessiones angegeben werden, und von beiden wird vorausgesetzt, daß sie ex edicto Praetoris gefordert werden können [7]), womit indeß nicht gesagt ist, daß ausdrücklich vom nuncupativen Testament im Edicte die Rede gewesen wäre. Wenn dasselbe auch nur vom schriftlichen Testamente sprach, so wurde doch daraus ganz nach demselben Princip das mündliche behandelt.

So dürfen wir also, wie mir scheint, unbedenklich die angeführte Stelle nicht als eine entgegenstehende, sondern umgekehrt als unsere Ansicht vollkommen beweisend ansehen. Indessen könnte immer noch die entgegengesetzte Meinung sich an die Behauptung der Interpolation dieser Stelle halten, auch wenn sich dieselbe im Einzelnen nicht weiter wahrscheinlich machen ließe.

Aber auch diese Möglichkeit verschwindet, da wir noch andere, und zwar auch Pandektenstellen, von der b. p. sec. nuncup. reden sehen, bei denen wohl Niemand an Interpolationen denken wird. Zuerst sind l. 1. C. de b. p. c. t. liberti und l. 8. C. de codicill. [8]), die eine ebenfalls von Gordian, die andere von Theodos, zu erwähnen, in denen

---

7) Die Worte also sind so zu verstehen, als wenn es hieße: B. p. ex edicto praetoris aut secundum tabulas peti potest, dummodo septem signis signatae sint, aut secundum nuncupationem, dummodo eundem numerum testium adfuisse doceri possit etc.

8) Vgl. l. 7. Th. C. de testam. und l. 2. §. 1. eod.

die sec. nunc. b. p. als etwas gar nicht erst neu Eingeführtes angegeben wird. Es ist durchaus unwahrscheinlich, daß noch in der spätern Kaiserzeit eine sec. nunc. b. p. neu sollte entstanden sein. Allerdings finden wir im Anfange der Kaiser solche Constitutionen, wodurch man an das Prätorische Recht anknüpfte, und so eine Verbindung des Prätorischen und Civilrechts vornahm. Aber als sich mit der Zeit die Agnition b. p. überhaupt mit der hereditatis aditio mehr zusammenschmolz, konnte es keinem Kaiser einfallen, noch eine neue Klasse der b. p. einzuführen, und noch weniger darf man, wie aus unserer späteren Darstellung der b. p. unter Justinian erhellen wird, daran denken, daß dergleichen Neues noch wieder in die b. p. hineininterpolirt worden wäre.

Wenn wir also auch nur eine Andeutung der b. p. sec. nunc. in den Pandekten finden, so dürfen wir, wie ich glaube, unbedenklich sie als ein übrig gebliebenes Zeugniß ansehen, wodurch l. 2. C. de b. p. sec. tab. vollkommen bestätigt wird. Daß es nicht viele solcher Andeutungen in den Pandekten giebt, kann uns nicht Wunder nehmen, wenn wir bedenken, wie wenige Stellen von dem mündlichen civilrechtlichen Testamente überhaupt geredet haben werden, und wenn man nicht vergißt, daß der Ausdruck sec. tabulas gewiß sehr häufig in dem allgemeinen Sinne von Testament, nicht bloß von schriftlichem Testament gebraucht wurde.

Zuerst ist hier fr. 8. §. 4. de b. p. sec. tab. zu erwähnen. — Quidam testamentum in tabulis sibi fecit, filio autem impuberi per nuncupationem substituit. Respondi: sententiam Praetoris in danda b. poss. eam esse, ut separatim patris separatim filii heredes aestimari debeant. Nam quemadmodum scripto herede filio [9]) separatim ab heredibus patris, ita nuncupato potest videri separatim a scriptis patris heredibus b. p. dari.

Mayer, der diese Stelle sehr wohl kennt [10]), glaubt nicht,

9) D. h. nicht: dem zum Erben eingesetzten Sohn, sondern: dem für den Sohn ernannten Erben.

10) A. a. D. S. 133.

daß sie seiner Ansicht entgegenstehe, „da die substitutio pupillaris als sequela des väterlichen Testamentes natürlich anders beurtheilt werden mußte.“ Allein ich zweifle sehr, ob dieser Grund haltbar sei. Allerdings ist das Sohnestestament von dem eigenen des Vaters abhängig, aber dennoch werden beide Testamente, namentlich wenn sie ganz abgesondert von einander errichtet sind, in Beziehung auf die Form abgesondert beurtheilt, wie dies gerade unsere Stelle deutlich genug sagt. Beide müssen also die Form haben, welche der Prätor überhaupt zur Ertheilung der b. p. für nothwendig erklärt; und wenn z. B. das Sohnestestament in einer gar nicht signirten Urkunde enthalten ist, so kann ohne Zweifel der Grund, daß es eine sequela des väterlichen signirten Testamentes sei, doch nicht bewirken, daß daraus eine sec. tab. b. p. agnoscirt werden dürfe.

Dagegen kann nicht das gleich folgende fr. 9. eod. angeführt werden, worin es heißt: ut b. p. secundum pupillares tabulas admitti possit, requiritur, ut patris testamentum signatum sit, licet secundae tabulae resignatae proferantur. Gerade daß dies Letztere noch hinzugefügt wird, zeigt, daß wenn die secundae tabulae gar nicht signirt worden wären, die Signation des väterlichen Testamentes keineswegs dafür genügen könnte. Ein Satz, der auch, wie ich glaube, von Niemanden bezweifelt werden wird. Wenn wir also im Allgemeinen den Satz aufstellen müssen, daß auch dies zweite Testament signirt vorzubringen war, so erscheint der Inhalt des fr. 9 als eine singuläre Ausnahme, die sich aber freilich aus dem oben §. 30 unter № 3 Gesagten von selbst erklärt. Alle späteren Vernichtungen der äußeren Gestalt eines Testamentes waren nämlich nicht absolute Verhinderungsgründe der b. p., aber es mußte doch noch der Beweis vor der Ertheilung derselben geliefert werden, daß diese Beschädigungen contra testatoris voluntatem geschehen seien. — In diesem Falle dagegen ist nur das annexum resignirt, während das Haupttestament, von dem es durchaus abhängt, ganz den Prätorischen Erfordernissen entsprach. Was lag näher als die Präsumtion, daß diese Resignation gegen den Willen des Testators geschehen sein müsse, indem er doch sonst

wohl auch sein eigenes Testament vernichtet haben würde? Also es tritt hier an die Stelle des gewöhnlich zu liefernden Beweises eine Präsumtion, und es wird der Beweis des Gegentheils denen überlassen, welche das Testament anfechten wollen, mit andern Worten: was in der Regel Bedingung der b. p. ist, fällt hier ausnahmsweise in die Klasse der vernichtenden Beweise. —

Wenn nun durch diesen singulären Charakter des fr. 9 die Regel nur noch mehr hervortritt, daß das abgesondert errichtete Sohnestestament ganz den gewöhnlichen Prätorischen Erfordernissen über die Form der Testamente unterworfen ist, so folgt auch, daß wenn der Prätor nicht allgemein eine b. p. sec. nuncup. anerkannt hätte, er sie auch nie aus der mündlichen Pupillarsubstitution hätte ertheilen dürfen. Eine Testamentsart, die überhaupt das Prätorische Recht nicht kennt, kann doch auch nicht in einem besonderen Falle Bedeutung haben. — Und so darf denn wohl der Schluß gezogen werden, daß, da hier eine b. p. sec. nunc. bei einem Sohnestestamente zulässig ist, dieselbe auch allgemein bei allen nuncupativen Testamenten vorkommen konnte. Julians Argumentation macht uns eben diesen Schluß so besonders leicht. Er sagt, auch die b. p. aus den secundae tabulae sei ganz separatim aufzufassen, also könne es auch keinen Unterschied machen, wenn die civilrechtliche Nuncupationsform angewandt wäre. Indem Julian so schließt, ist es ganz unmöglich anzunehmen, die b. p. sec. nunc. sei etwas singulär bloß bei der Pupillarsubstitution Bestehendes; sonst würde Julian sich gerade darauf berufen haben. Er muß nothwendig annehmen, daß eine b. p. sec. nunc. allgemein zulässig gewesen sei, weil er sich gerade hierauf gar nicht weiter einläßt. In dem vorliegenden Falle findet er nur das zweifelhaft, ob für das Vaters- und Sohnestestament verschiedenartige Formen zulässig seien, und er diesen Zweifel damit löst, daß der Prätor aus beiden separirte bon. possessiones ertheile.

Wenn ich so schon aus dem fr. 9 cit. selbst die gegnerische Ansicht widerlegt zu haben glaube, so ist nun noch eine andere Stelle der Pandekten anzuführen, welche die singuläre Beziehung der b. p. sec. nunc. auf das Pupillartestament

durchaus unmöglich macht. Es ist um somehr zu verwundern, daß Mayer die Beweiskraft dieser Stelle übersehen hat, da er sie doch selbst anführt[11]).

Fr. 20 de vulg. et pup. subst. — Patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in jure praetorio. Nam ut Marcellus libro nono Digestorum scribit, tabulas esse patris signatas, etsi resignatae sint filii, et septem signa patris sufficiunt. §. 1. Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra fecerit testamentum, valebit.

Ulpian, aus dessen sechszehnten Buche ad Sabinum die Stelle genommen ist, spricht hier an und für sich vom Civilrecht. Aber er vergleicht damit das Prätorische, welches in diesen Fällen eben mit jenem übereinstimme. Und es kann wohl kein Zweifel sein, daß der entschiedene Ausdruck valebit im §. 1. auch gerade diese Gültigkeit ex utroque jure bezeichnen soll. Danach also wird nicht bloß dasselbe gesagt, was wir schon aus fr. 8 cit. ersehen, daß nämlich das nuncupative Sohnestestament neben dem schriftlichen des Vaters bestehe, sondern es wird auch (vel contra) das umgekehrte Verhältniß der beiden Testamentsformen für zulässig erklärt. Und so ist es denn direkt bewiesen, daß auch eine selbstständige b. p. sec. nunc. bestehe, indem sie ja sogar die Kraft haben soll, daß sich auch die b. p. aus der schriftlichen Pupillarsubstitution als annexum an sie anknüpfen dürfe.

Mir scheint hiermit das Bestehen der b. p. sec. nunc. genügend auch durch äußere Zeugnisse bewiesen, während sie aus dem Principe der testamentarischen Erbfolge des Prätors schon von vorn herein gefolgert werden konnte[12]). Es ist nun

---

11) Freilich um ganz etwas Anderes, nämlich das, was er auch aus fr. 8. §. 4. de b. p. s. t. ableitet, zu beweisen.

12) Deßhalb kann ich auch Hugo R. G. S. 932. Note 2. nicht beistimmen, der freilich das Bestehen der b. p. sec. nunc. anerkennt, aber nun doch im Civilrecht kein nuncupatives Testament gelten lassen will. Wenn unsere obige Ausführung über das vom Prätor befolgte Princip richtig ist, so muß in der Annahme der sec. nunc. b. p.

noch zu untersuchen, unter welchen genaueren Bedingungen dieselbe gestanden haben mag. Natürlich läßt sich darüber nur sehr wenig sagen, da sie uns überhaupt in so wenigen Stellen erwähnt wird. Bei der sec. tab. b. p. haben wir jene Wahrscheinlichkeitsrechnung kennen gelernt, wonach der Prätor aus der äußeren Erscheinung auf dessen völlige civilrechtliche Gültigkeit schloß. Natürlich kann das bei der b. p. sec. nunc. nicht in der Art vorgekommen sein. Aber dennoch dürfen wir wohl vermuthen, daß der Prätor hier ganz analoge Regeln angewandt haben werde. Wenn also bei der sec. tab. b. p. es das Princip ist, daß nicht die Zeugen zusammeberufen zu werden brauchen, so kann auch etwas ähnliches bei der sec. nuncup. statt gefunden haben; und darauf führt uns in der That jene l. 2. C. de b. p. s. t. Es braucht, heißt es darin, nur bewiesen zu werden, daß die sieben Zeugen bei der Errichtung des Testamentes vorhanden gewesen sind. Weitere Beweise dagegen, daß alle vom Civilrecht geforderten Formalitäten, wie die familiae mancipatio etc. vorgenommen seien, wurden auch hier nicht gefordert. — Außerdem wird der Beweis nöthig gewesen sein, daß der Testator als civis Romanus und suae potestatis gestorben sei, seitdem man überhaupt diese Nachweisung auch bei der sec. tab. b. p. erforderte.

Wenn wir also auch hier eine Klasse der bedingenden Beweise aufstellen können, so werden wir ebenso auch von den Punkten zu urtheilen haben, welche, wie oben gezeigt ist, ebenfalls Bedingungen der b. p. waren, ohne doch als vom Agnoscirenden zu erbringende Beweise aufgefaßt werden zu können. Es hängt dies damit zusammen, wie wir uns den von dem Prätor geforderten Beweis, daß sieben Personen bei der Errichtung des nuncupativen Testamentes gegenwärtig gewesen waren, zu denken haben. Diesen Beweis kann ich mir nicht wohl anders denken, als daß man die Aussage Eines oder Mehrerer von den gerade mitwirkenden Zeugen anhörte.

---

nothwendig auch die des mündlichen civilrechtlichen Testamentes liegen. Erkennt man ja doch auch in der l. 2. C. de b. p. s. t. den Gedankenzusammenhang, daß weil es ein gültiges Civiltestament sei, daraus auch eine b. p. agnoscirt werden könne. S. Note 7.

Wo nicht, so würde man voraussetzen, daß noch mehr als jene sieben Personen bei der Testamentserrichtung zugegen gewesen seien, was doch selten der Fall sein mogte. Daß man in der That wenigstens einen solchen Zeugen erforderte, scheint mir nun eben daraus sich zu ergeben, daß der Prätor doch unmöglich Jedem, der ihm bewies, es sei ein nuncupatives Testament errichtet, die b. p. sec. nunc. ertheilt haben kann. Sondern ebenso wie wir oben annahmen, der Prätor müsse in den vorgebrachten tabulae nachgesehen haben, ob sich der Producent darin instituirt finde, — so muß er auch hier überzeugt worden sein, daß in dem nuncupativen Testament der die b. p. Nachsuchende zum Erben ernannt sei [13]) und gerade das konnte doch nur von Einem der sieben Personen bezeugt werden, welche zu der Errichtung des Testamentes mitgewirkt hatten.

Im Uebrigen freilich wage ich nicht zu entscheiden, wie viele von diesen sieben Personen — ob Eine oder Mehrere — der Prätor für nöthig gehalten habe, damit durch ihre Aussagen die Ertheilung der b. p. begründet werde. Genug, wenn wir annehmen dürfen, daß nicht alle, sondern nur Einige von ihnen nöthig waren, um ihr einstmaliges vollständiges Beisammensein darzuthun.

§. 32. Fassen wir nunmehr das Resultat unserer ganzen Beweisführung über die sec. tab. und sec. nunc. b. p. noch einmal kurz zusammen.

1) Der Prätor fordert als bedingenden Beweis die Vorbringung der signirten Urkunde, oder die Stellung von Zeugen, welche die legale Errichtung des nuncupativen Testaments versicherten; außerdem seit der Zeit zwischen Cicero und Gaius den Beweis, daß der Testator mortis tempore civis und suae potestatis gewesen sei.

2) Der Prätor erforschte aus der Urkunde, oder von den

13) Es scheint mir dies wie schon oben angedeutet ist, auch ohne alles Quellenzeugniß eine nothwendige Voraussetzung, wenn wir nicht annehmen wollen, daß Tausende ganz unberechtigter Personen sich zum Prätor gedrängt hätten, um eine b. p. sec. tab. oder nunc. zu erbitten, die auf nicht dem geringsten Grunde basirt war.

Zeugen, ob der Producent in dem Testamente eingesetzt worden sei, — außerdem konnte hier noch ein Beweis des Producenten erforderlich sein, daß einzelne Vernichtungsspuren der tabulae nicht vom Testator herrührten.

3) War diesen Punkten Genüge geleistet, so wurde die b. p. ertheilt, alle übrigen Vernichtungsgründe des schriftlichen oder nuncupativen Testamentes fallen in das Gebiet der vernichtenden Beweise, in Folge deren, von einem bestimmten Proceß unabhängiger Erbringung die bereits ertheilte b. p. als non data angesehen wurde, und deren frühere Constatirung die Ertheilung derselben unmöglich machte (non potest peti b. p.)

Wenn dies Alles richtig ist, so leuchtet nun auch Folgendes von selbst ein.

1) Daß von einem Prätorischen Testamente nicht mehr die Rede sein kann, indem wir das Prätorische Edict gar nicht einmal auf schriftliche Testamente beschränkt sehen.

2) Daß die ganze, die testamentarische Erbfolge betreffende Klasse des Prätors als eine rein confirmandi juris civilis gratia proponirte aufzufassen ist (s. §. 28. Not. 6). Wir werden allerdings wahren Ausnahmen hievon begegnen, aber Ausnahmen, die erst später hinzugekommen sein können, die als eine eigene, neu aufgestellte Klasse, hier noch nicht weiter untersucht werden dürfen. Das historische Grundprincip der Prätorischen successio ex testamento kann dadurch nicht im Geringsten afficirt werden.

II. Die bonorum possessio ab intestato.

§. 33. Um darzuthun, daß die b. p. sec. tabulas [1]) confirmandi juris civilis causa proposita sei, hat es eines umständlichern Beweises bedurft. Ungleich kürzer läßt sich erledigen, da dasselbe auch für die anfängliche intestati b. p. anzunehmen sei. — Im zweiten Buch wird dargethan werden, daß den ordi-

1) Der Kürze wegen wird mir erlaubt sein, ebenso wie vermuthlich die Römischen Juristen mit diesem Ausdrucke in der Folge die ganze testamentarische b. p., also auch die b. p. sec. nunc. zu umfassen.

dines unde cognati und unde vir et uxor, sowie der c. t. und der unde liberi b. p. andere Einführungsgründe unterliegen, als der, welcher für die allgemeine Entstehung des Institutes der b. p. oben entwickelt ist. So bleibt also nur die b. p. unde legitimi als Theil der ursprünglichen b. p. übrig (s. oben §. 25. im Anfange), und schon in dem Worte legitimi liegt es, daß lediglich die civilrechtlichen ordines darunter begriffen sind.

Dasselbe Resultat ist denn aber auch schon oben aus den Ciceronischen Edictsworten erwiesen worden (s. §. 25. № 2.), und so haben wir als die ursprünglichen Intestatklassen des Prätors die sui, die agnati und die gentiles aufzustellen, unter denen jetzt in Folge des Edicts eine successio statt finden sollte, welche das Civilrecht nicht erlaubt hatte. Die einzelnen Bedingungen wo möglich genauer zu bestimmen, unter denen diese drei bon. possessiones ertheilt sein mögen, ist hier meine Absicht. Die Quellen lassen uns dabei sehr im Stich, es wird also darauf ankommen, ob sich nicht mit Hülfe der bisher gewonnenen Principien doch Allerlei mit Wahrscheinlichkeit aussprechen lasse.

1) Bon. poss. unde sui und unde agnati [2]). Wir wissen, daß seitdem der Prätor den neuen ordo unde liberi eingeführt hatte, die sui zweimal hinter einander im Edicte gerufen wurden, indem sie auch nach Verstreichung jener Frist in dem ordo die b. p. agnosciren dürfen, in welchem sie den Agnaten deferirt wird [3]). Aber daraus darf nicht gefolgert werden, daß ihnen hier als Agnaten die b. p. zustehe, denn wenn man in die Agnatenfamilie im Allgemeinen auch die filiifamilias rechnet, so sind doch unter der Erbklasse der agnati im Civil- wie im Prätorischen Rechte, nur die durch eine patria potestas verbundenen Seitenverwandten zu verstehen [4]).

2) Nach Analogie des Ausdrucks unde legitimi (d. h. ea pars edicti, unde legitimi vocantur) darf ich wohl auch die einzelnen Klassen, die dieser ordo enthält, ähnlich bezeichnen, obgleich dies freilich in den Quellen nicht vorkommt.

3) fr. 1. §. 11. de succ. ed.

4) fr. 196. §. 2. de verb. sign.

Vielmehr beruht die zweite Berufung der sui darauf, daß sie **legitimi heredes** sind, d. h. daß sie die erste Erbklasse des Civilrechts ausmachen, und so ist denn auch, ehe es einen ordo unde liberi gab, das den sui aus dem Edict deferirte Recht als eine eigene erste Intestatklasse anzusehen, hinter welcher dann alle übrigen Mitglieder der Agnatenfamilie (die Agnaten im engeren Sinne) als die zweite Klasse folgten. Es ist dies deutlich im fr. 2 unde legit. von Ulpian ausgesprochen.

> Si repudiaverint sui ab intestato b. possessionem, adhuc dicemus obstare eos legitimis [5]), hoc est, his quibus legitima potuit deferri hereditas, idcirco, quia repudiando quasi liberi bonorum possessionem, hanc incipiunt habere quasi legitimi.

Wenn wir also in der Berufung der sui, als der ersten Klasse, es erkennen, daß der Prätor sich ganz nach den Regeln des Civilrechts richtete, so sehen wir dasselbe ebensosehr aus der zweiten, den Agnaten angewiesenen Klasse. Da das Civilrecht nur dem proximus agnatus Erbrecht zugesteht, so konnte auch der Prätor hier nicht weiter gehen. Justinian sagt es uns in den Institutionen ausdrücklich, daß das Prätorische Recht in der Klasse unde agnati keine graduum successio anerkannt habe, und wir werden gerade darin weiter unten den Einführungsgrund des ordo unde cognati erkennen [6]). Zwar sehen wir aus Gaius, daß ein Theil der Römischen Juristen bereits zu seiner Zeit diese graduum successio in das Edict einführen wollte [7]), aber eine Prätorische Praxis kann dies doch nie geworden sein, und mit Recht, denn die Agnaten werden hier als legitimi gerufen, also konnte damit nur der

5) Es ist höchst merkwürdig, daß Ulpian gerade hier statt agnati doch das Wort legitimi gebraucht, während er gerade zeigen will, daß diesen legitimi, welche er hier meint, eben die sui, gleichfalls als legitimi, voranstehen. Wir sehen daraus, wie sehr man im gemeinen Leben daran gewöhnt sein mußte, bei legitimi heredes nur an die agnati zu denken, und so Beides als gleichbedeutend zu nehmen. Später wird sich noch ein besonderer Erklärungsgrund ergeben.

6) Vgl. einstweilen §. 7. J. de legit. agn. succ.

7) Gai. III. 28.

proximus agnatus gemeint sein; wenn man den entfernteren Agnaten auch einen Erbanspruch geben wollte, so mußte demselben eine ganz andere juristische Basis, als die Erbfolge der zwölf Tafeln untergelegt werden.

Ueber die genaueren Bedingungen, unter welchen den sui und den proximi agnati die b. p. ertheilt wurde, dürfen wir wohl vermuthen, daß im Allgemeinen der Prätor hier ein ähnliches Princip angewandt haben werde, wie wir es bei der sec. tab. b. p. gefunden haben. Ebenso wie der Prätor sich einzelne Erfordernisse des Testamentes beweisen ließ, um daraus dessen vollständige Gültigkeit präsumiren zu können, so wird er sich gewiß auch hier nicht in aller Weise haben darthun lassen, daß durchaus kein Hinderniß der civilrechtlichen Erbfolge dem suus oder agnatus entgegenstehe.

So ist ja namentlich schon das sicher, daß er sich nicht das Nichtvorhandensein eines Testamentes beweisen ließ, sondern dies aus dem Nichtvorgebrachtsein präsumirte; wogegen wir aber auch bereits oben bemerkt haben, (§. 20. Not. 5.), daß nach Erbringung des Beweises, der Erblasser sei intestatus gestorben, auch schon vor Ablauf der für die sec. tab. gesetzten Frist, die b. p. intestati agnoscirt werden durfte. Wir können wohl unbedenklich annehmen, daß, wenn die Agnaten den Beweis führten, es seien weder ein Testament noch sui vorhanden, sie alsdann ebenfalls sogleich die b. p. agnosciren konnten.

Indeß sind doch das Alles nur freiwillig übernommene Beweise, welche sich auch, wenn man den Ablauf der vorangehenden Fristen abwarten wollte, vermeiden ließen. Außerdem aber finden wir in fr. 2. §. 3. unde leg. einen wahrhaft bedingenden Beweis, durch den sich die geäußerte Vermuthung, daß der Prätor überhaupt ähnliche Regeln wie bei der sec. tab. b. p. befolgt habe, durchaus bestätigt. Ulpian sagt nämlich:

> Si quis decesserit, de quo incertum est, utrum paterfamilias an filiusfamilias sit, quia pater ejus ab hostibus captus adhuc vivat, vel quae alia causa suspendat ejus statum, magis est, ne possit peti bonorum ejus possessio, quia nondum intestatum eum esse apparet, quum incertum sit an te-

stari possit. Quum igitur coeperit certi status esse, tunc demum petenda est bonorum possessio, nec quum certum esse coeperit, intestatum esse, sed quum certum esse coeperit, patremfamilias esse.

Wir sehen hier die intestati b. p. ausdrücklich mit der sec. tab. zusammengestellt. Ulpian sagt, so lange der status ungewiß sei, könne man Jemanden nicht intestatus nennen, da man ihn auch nicht sicher als testatus annehmen dürfe, d. h. da es bei der sec. tab. b. p. ein bedingender Beweis ist, daß der Testator suae potestatis gestorben sei. Daraus folgert dann Ulpian, daß die b. p. unde leg. freilich nicht von dem Beweise abhänge, es sei der Erblasser ohne Testament verstorben, wohl aber vom Beweise, daß er als paterfamilias gestorben sei.

Wir begegnen hier also demselben bedingenden Beweise, den der Prätor bei der sec. tab. b. p. forderte, welcher auch nothwendig ebenso auf die Civität des Verstorbenen gerichtet sein mußte, da eben nur einem civis das Recht des paterfamilias zustehen kann.

Wir dürfen aber, wie ich glaube, auf diesem Wege der Vergleichung beider b. possessiones noch weiter vorschreiten. Ebenso wie der Prätor nur dem Producenten die sec. tab. ertheilt haben kann, dessen Namen er im Testamente verzeichnet fand, so kann er auch hier nicht Jedem Beliebigen, der vor ihm erschien, die b. p. unde sui oder agnati ertheilt haben, sondern derselbe muß erst nachgewiesen haben, daß er in Wahrheit suus, oder proximus agnatus sei; und zwar, da hier keine Urkunde statt finden kann, aus der sich die Legitimation des Vorbringenden von selbst ergiebt, so hat dies völlig den Charakter eines bedingenden Beweises.

Wie dieser Beweis erbracht werden mußte, vermag ich freilich nicht genauer anzugeben. Es ist ja überhaupt ein, außer allem Proceß liegendes Beweisverfahren, und es wird genügt haben, gleichviel auf welche Weise [8]), dem Prätor die

8) Bestimmte formelle Beweisregeln kennt ja auch der Römische Proceß gar nicht so, wie der unsrige.

Ueberzeugung zu verschaffen, daß man diesen Nachsuchenden für den suus heres oder den proximus agnatus des Verstorbenen halte. In den meisten Fällen wird des Prätors eigene Kenntniß der Familien-Verhältnisse einen besonderen Beweis ganz überflüssig gemacht haben. —

Dagegen leitet uns die Analogie der sec. tab. darauf, daß andere Punkte, wie z. B. eine etwaige Unterschiebung des suus, eine cap. dim. des agnatus, das zu erwartende Erscheinen eines postumus welcher den Agnaten entgegenstehen würde, — in das Gebiet der vernichtenden Beweise gehörte; deren negativen Beweis also der Prätor nicht von dem Nachsuchenden forderte, sondern deren positives Vorbringen er den daraus interessirten Personen überließ, wodurch denn freilich die schon ertheilte b. p. als non data angesehen wurde, während der Prätor, wenn er das Vorhandensein dieser Verhinderungsgründe bereits bei der Nachsuchung der b. p. kannte, dieselbe ganz und gar verweigerte. Für zwei der angegebenen Punkte wird dies durch ausdrückliche Stellen bestätigt:

> fr. 1 unde leg. — et ideo legitimum heredem, si capite deminutus esset, ab hac b. possessione summoveri [9]) palam est.
>
> Fr. 5. §. 1. eod. — Quamdiu spes est, suum heredem aliquem defuncto existere, tamdiu consanguineis locus non est [10]), puta si defuncti uxor praegnans sit, aut defuncti filius apud hostes sit.

§. 34. 2) Bonorum possessio unde gentiles.

Es liegt schon in dem Namen der Klasse unde legitimi, daß darin als dritter ordo die Gentilen gerufen sein mußten. Außerdem sagt es Cicero ausdrücklich, was auch schon aus unserer Interpretation der Edictsworte folgt, daß, weil die Gentilen lege zur Erbschaft gerufen waren, ihnen auch die b. p.

9) In dem summoveri liegt gerade, daß sie bereits dem Agnaten ertheilt sein kann, und dann doch als ungültig (nicht bloß sine re) erscheint.

10) Das kann doch nur heißen: sobald der Prätor weiß, daß die Frau des Verstorbenen schwanger ist, so verweigert er den nachsuchenden consanguinei die b. p.

gegeben werden mußte [1]). Wir können uns nicht wundern, daß wir von dieser b. p. der Gentilen in unseren übrigen Quellen nichts finden, da sie schon zu Gaius Zeit eine Antiquität war, und was nun allenfalls die in den Digesten excerpirten Juristen darüber sagten, sehr natürlich von den Compilatoren nicht aufgenommen ist. Das Werk des Gaius, worin er die ganze Lehre von der b. p. behandelt hat, ist uns leider nicht aufbewahrt worden, und wir können kaum einmal lesen, daß er in den Institutionen (III. 33.) darauf verweist. Aber auch das civilrechtliche Verhältniß der Gentilen ist uns wenig bekannt, da auch hier Gaius (p. 45.) unleserlich ist.

Wir sind also wieder auf Vermuthungen beschränkt, die deßhalb hier auch nur so weit Platz finden sollen, als ihnen durch die bisherigen Untersuchungen einige Sicherheit gewährt wird, und als sie für spätere Entwickelungen der b. p. von Nutzen sein können.

Zuerst ist hier die oben einstweilen bejahete Frage genauer zu untersuchen, ob sich der civilrechtliche Satz in legitimis hereditatibus successio non est in der That auch auf die Gentilen bezogen habe, wenn der gerufene proximus agnatus wieder hinweggefallen war. Von vorn herein nämlich sollte man glauben, könne hieran gar kein Zweifel sein, weil doch unter legitimae hereditates die von der lex der zwölf Tafeln aufgestellten Erbklassen gemeint sind, und daher auch die darunter gehörigen Gentilen jener Regel unterworfen sein mußten.

Dieser Grund scheint so einleuchtend, daß wir nur um gewichtiger Gegengründe willen davon abgehen können. Es ist daher zu prüfen, welche Bedeutung den bisher dawider vorgebrachten Behauptungen zuzutheilen sei.

Schulting [2]), der, soviel ich weiß, zuerst den Gedanken gehabt hat, daß eine successio der Gentilenklasse auf die der

---

1) „Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuis„set iste edictum, quod ante istum et postea omnes habue„runt, possessio Minuciae genti esset data.“

2) In den Anmerkungen zur leg. Mos. et Rom. Coll. XVI. 2. Not. 21. (p. 794. der Jurisprud. vet. Antejust. ed. Ayrer.)

Agnaten Statt gefunden habe; — giebt freilich zu, daß sie den Worten der zwölf Tafeln, wie sie in Gaius Institutionen enthalten sind [3]), nicht gemäß gewesen sei. Aber die aequitatis ratio habe eine mildere Interpretation gerathen, so daß auf den proximus agnatus die Gentilen gefolgt wären, unter welche dann auch die entfernteren Agnaten gerechnet werden könnten.

Beweise werden für das Aufkommen dieser milderen Interpretation nicht im Geringsten gegeben [4]), dagegen faßt er gleich darauf (p. 798.) bei der Kritik der bekannten Stelle der Collatio [5]), wo Ulpian die Worte der zwölf Tafeln referiren soll, die Sache noch anders auf. Indem er mit Versetzung des Wortes heres dieselben so emendirt: si agnatus nec escit heres, gentilis familiam nancitor, leitet er nun auch aus den Worten der zwölf Tafeln ab, was er vorher bereits aus der aequitatis ratio vermuthet hatte. — Indeß wird heutzutage wohl allgemein angenommen, daß die Stelle der Collatio anders gelesen werden muß, indem wir sonst, wie Dirksen [6]) mit Recht bemerkt, mit Gaius in Widerspruch gerathen würden, der ebenso wie vorher bei der Klasse des suus lediglich sagt: si nullus agnatus sit; und indem wir auch die Endworte vollkommen genügend dadurch erklären können, daß das „heres" aus einer ähnlichen Sigle statt „habento" gebildet, und „hanc" aus „nunc" oder „jam," welches zum folgenden Satze gehört, corrumpirt worden ist [7]). So sind Gründe für die Schulting'sche Vermuthung nicht vorhanden. — Hugo hat dieselbe indeß wieder aufgenommen, und eine solche Autorität muß uns offenbar zu sehr vorsichtiger Prüfung veranlassen, wenn wir ihr entgegentreten wollen. Hugo rechtfertigt seine Vermuthung dadurch, daß wir den Satz in leg.

3) „Si nullus agnatus sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat."

4) Daß bei Sueton. (Caes. 2.) der gentilitiae hereditates Erwähnung geschieht, soll doch wohl keiner sein.

5) Coll. XVI. 4. 2. — si agnatus nescit, gentiles familiam heres hanc.

6) Zwölf Tafeln. S. 360.

7) S. Schilling dissertatio critica de Ulpiani fragmentis. p. 84 et 86. und die Note in der Blumeschen Ausgabe der Coll.

her. non est successio erst zu einer Zeit fänden, wo das Erbrecht der Gentilen schon veraltet war, weßhalb es also wohl sein könne, daß er in Ansehung dieses, als des Allerletzten, nicht gegolten hätte [8]. —

So viel ist gewiß, daß wir bei dem Zustande unserer Quellen sehr Vieles erst aus einer späteren Zeit wissen, und uns noch die weitere Thätigkeit übrig bleibt, nachzuforschen, ob auch seine Entstehung dieser späteren Zeit angehört, oder ob unsere Quelle einen schon alten Rechtssatz enthalte. An und für sich also beweist der Umstand, daß die Regel in leg. her. succ. non est von Schriftstellern vorgetragen wird, welche das Gentilenrecht nicht mehr kannten, noch nicht, daß sie erst nach der Antiquirung desselben aufgekommen sei. Wir müssen die Frage so lange als unentschieden betrachten, bis wir andere, selbständige Gründe finden, aus denen sich der frühere oder spätere Ursprung ergiebt. Als solchen finde ich in Hugos Worten den angedeutet, daß doch für die Gentilenklasse, als die allerletzte, es unwahrscheinlich sei, daß sie nicht immer hätte eintreten sollen, wo die früheren Erbklassen kein Ergebniß geliefert hätten, indem sonst ja unendlich häufig die bona vacantia werden mußten. Derselbe Grund wird es denn auch hauptsächlich sein, um dessentwillen Mühlenbruch [9]) sagt: nunquam tamen mihi persuadebis neque gentilium ordinem successisse, existentibus quidem, nec tamen adeuntibus hereditatem agnatis [10]).

---

8) R. G. S. 256. Z. 24.

9) Comment. de veter. Romanor. gentib. et famil. Rostock 1807. §. 9. — S. auch dessen Pand. Lehrb. §. 626. Not. 9.

10) Die anderen Gründe, welche Mühlenbruch a. a. O. eigentlich ausführt, scheinen mir nicht haltbar:

a) die Stellen, welche den Satz überhaupt enthielten (Paul. rec. sent. IV. 8, §. 23. — Ulpian XXVI. 5. — Collat. XVI. 2. — Gaius III. 11. — §. 7. J. de legit agn. tutel. — Fr. 1. §. 8. de suis et leg. her.) sprächen nur von einer graduum nicht von der ordinum successio. — Aber das muß ich läugnen, denn Paulus und Ulpian sagen ausdrücklich: in legitimis hereditatibus succ. non est; und leiten daraus erst, als aus dem Allgemeineren, die specielle Anwendung der Agnatenklasse ab. — Ja Mühlenbruch geht

Aber diese Unwahrscheinlichkeit, worauf also die ganze Vermuthung hinausläuft, scheint mir durch die obige Darstellung der **pro herede usucapio** gehoben zu sein. Man muß eben für die ältere Zeit eine exorbitante Engigkeit und Unbeholfenheit des Erbrechtes annehmen [11]), um überhaupt die Entstehung dieses wundersamen Institutes der **pro herede usucapio** sich vollkommen erklären zu können. Es ist gewiß, wie schon oben bemerkt wurde, dabei nicht die Absicht gewesen, die Erbschaft ganz fremden Personen zutheilen zu lassen, sondern man setzte voraus, daß die Erbklassen der zwölf Tafeln, auch wenn ihnen nicht **de jure** die Erbschaft deferirt werden könne, doch in der Regel die Nächsten zur Besitzergreifung sein würden, also wenn auch der eigentliche Veranlassungsgrund der **pro her. us.** das Interesse der Pontifen und Creditoren war, so würde man doch das Institut gewiß noch anders normirt haben, wenn man nicht hätte berechnen können, daß nebenbei nun auch die zur Erbschaft zu gelangen vermogten, denen die Wortfassung der zwölf Tafeln entgegen stand.

Diese Wortfassung ist gerade dieselbe, als bei dem Uebergange von der Klasse der **sui** auf die Agnaten. **Si nullus sit suorum heredum**, sagt **Gai. III. 9.**, **tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII. tab. agnatos**, und im §. 17. **si nullus agnatus sit, eadem lex XII. tab. gentiles**

---

so weit, auch von der Klasse der **sui**, die nicht antreten wollten, eine **successio** auf die Agnaten zu vermuthen, was er wohl selbst später nicht gebilligt haben wird.

b) Es sei überhaupt von den Successionen, die auf Agnation oder Cognation ruhten, kein Schluß auf die der Gentilen zu machen, wie wir daraus sähen, daß der Prätor den Letzteren keine Klasse in dem Systeme der **b. p.** eingeräumt habe. — Dies widerlegt sich durch die obige Stelle des Cicero.

c) Die zwölf Tafeln, von den Patriziern aufgestellt, hätten die **graduum successio** deßhalb verhindert, um den (Patrizischen) **gentes** desto häufiger die Erbschaft zuzuwenden; also würden sie sich ja durch das allgemeine Verbot der **ordinum successio** selbst im Lichte gestanden haben. Auch diesen Grund wird wohl M. selbst, nach Niebuhrs Forschungen, nicht mehr anerkannt haben.

11) Der juristische Grund, den man für das Verbot der **successio** annehmen muß, ist im §. 22. hinter Not. 9. angegeben.

ad hereditatem vocat. — Können wir glauben, daß die Römer, die ihre zwölf Tafeln so strict, ja so engherzig interpretirten, die gerade hier wegen des Wortes **proximus agnatus** alle Agnaten entfernterer Grade ausschlossen, daß sie nun doch gleich daneben eine Interpretation aufstellten, die offenbar den Worten nicht gemäß ist. Denn si nullus agnatus sit, heißt nicht: wenn kein Agnat **heres** wird, sondern wenn kein Agnat **vorhanden** ist.

So dürfen wir also wohl die Regel: in legitimis hereditatibus s. n. est in ihrem vollen Wortverstande nehmen, wir dürfen sie überhaupt wohl einer älteren Zeit vindiciren, als in der die Schriftsteller lebten, die sie uns aufbewahrt haben. Es war sehr natürlich, daß als der Prätor das successorium edictum aufstellte, man die entgegengesetzte Eigenthümlichkeit des Civilrechts durch ein kurzes Rechtssprichwort dem gegenüberstellte. Also mag es wohl mit der b. p. wenigstens gleiches Alter haben [12]).

Jetzt erst dürfen wir weiter fragen, wie die den Gentilen deferirte b. p. beschaffen gewesen sein möge. Und zwar kann nach unserer Darstellung der im successorium edictum liegenden Principien für **zwei** Fälle wohl kein Zweifel obwalten. — Wenn nämlich überhaupt gar keine Agnaten vorhanden waren, oder nur Agnaten **eines** Grades, so muß der Prätor nach erfolglosem Ablauf der den Agnaten bestimmten Frist den nachsuchenden Gentilen die b. p. ertheilt haben.

Im ersteren Falle traf civilrechtliches und fingirtes Erbrecht zusammen, und Letzteres war wegen der damit verknüpften Vortheile nicht von der Hand zu weisen. Im zweiten Falle dagegen hatte die gens nur das fingirte Erbrecht, und der ihnen vorstehende Agnat, der die Frist der b. p. versäumt hatte, konnte mit der her. pet. immer noch die hereditas ihr wieder abfordern.

---

12) Die hier vertheidigte Ansicht ist bereits gegen Hugo ausgeführt worden von **Schilling** diss. crit. de Ulp. fragm. p. 74 f. und in dessen Bemerkungen über R. R. G. S. 80. — S. auch Huschke Studien, S. 140. Not. 5.

Schilling Bemerk. über R. G. Huschke, Studien.

Wie aber in dem dritten denkbaren Falle, wenn ein proximus agnatus vorhanden war, hinter dem noch andere Agnaten entfernteren Grades standen? Dürfen wir, wenn nun der proximus die Frist versäumte, annehmen, daß der Prätor den Gentilen die b. p. ertheilt habe? — Ich bin der festen Ueberzeugung, daß dies nicht möglich gewesen sei.

Der Prätor führte ja die successio nur in der Art ein, daß er demjenigen eine Frist anberaumte, welcher wirklicher heres war, wenn von den im vorhergehenden ordo vom Prätor berufenen heredes in der That Niemand vorhanden gewesen wäre. So hat es sich in allen Fällen, die wir bisher betrachteten, gezeigt. Der in einer spätern Frist Berufene ist vom Civilrecht nur durch das Existiren eines früher Berufenen ausgeschlossen, und das eben sollte nun kein Hinderniß mehr sein, so lange wenigstens als fingirter heres zu gelten, bis der wahre sich seines Rechtes annähme.

In unserem Falle gestaltet sich die Sache offenbar ganz anders. Die Gentilen sind durch das Existiren Derer, welche gar kein Civilerbrecht haben (der entfernteren Agnaten) von der hereditas ausgeschlossen. Der Prätor also konnte, wenn die Frist für den proximus agnatus abgelaufen war, gar nicht fingiren, weil er nicht vorhanden sei, so seien die Gentilen die civilrechtlichen Erben. Die ganze Eröffnung der successio unter den civilrechtlichen ordines ruht lediglich auf der Fiction des Nichtvorhandenseins eines früheren ordo, und daraus folgt in allen übrigen Fällen eben ganz von selbst, daß nun dem folgenden ordo die hereditas zustehe. Hier aber ergiebt die Fiction, daß der proximus agnatus nicht vorhanden sei, noch gar nicht das Erbrecht der Gentilen. Weil doch immer die entfernteren Agnaten vor ihnen stehen, können sie nie durch das Verschwinden des proximus, legitimi heredes werden, und darin liegt der Beweis, daß der Prätor ihnen auch keine b. p. unde legitimi geben kann.

Aus den oben mitgetheilten Edictsworten geht dies Resultat unmittelbar hervor. Der sich zuerst Meldende (proximus) soll die b. p. haben, welcher, beim Nichtvorhandensein der früher Berufenen, der nach Civilrecht Berechtigte (potissimus) sein würde. Man kann also auch nicht meinen, der

Prätor habe ja ebensogut das Nichtvorhandensein der entfernteren Agnaten fingiren können, um so die Erbberechtigung der gens zu folgern, denn man darf doch nur den excludiren, den man verpflichtet hat, zu erscheinen. Sagt es ja doch auch endlich Cicero deutlich genug, daß die Gentilen, soweit sie zur legitima hereditas berufen sind, einen Anspruch auf die b. p. haben. — Ich vermuthe, daß trotz der angeführten Gründe diese Ansicht Manchem, in Folge einer im Allgemeinen von der Natur des Prätorischen Edicts gehegten Vorstellung, nicht gleich einleuchten wird. Man stellt sich dasselbe als das Mittel vor, wodurch die Römer sich von der alten juris scrupulositas entfernten, und eine freiere Anwendung des Rechtes möglich machten. Und doch war es eine solche Scrupulosität, die Gentilen wegen der entfernteren Agnaten auszuschließen, weil die zwölf Tafeln ihnen nur, si nullus agnatus sit, Erbrecht ertheilt hatten. Wie soll es denkbar sein, daß nun der Prätor sich dieser strengen Interpretation gefügt haben könnte?

Und doch müssen wir dies annehmen. Wenn auch im Allgemeinen jene Idee richtig ist, so haben wir uns wohl zu hüten, sie ohne Ausnahme anzuerkennen. Der Beweis einer solchen Ausnahme liegt uns gerade hier nahe genug, und er führt es von selbst mit sich, daß auch für die Gentilen der Prätor rein das Civilrecht anerkennen mußte. Er hat, wie wir gesehen haben, den entfernteren Agnaten, als Agnaten, nie eine successio gestattet, obgleich doch die allgemeine Volksansicht in der späteren Zeit dem gewiß sehr viel geneigter war, als wenn er die nach und nach seltener werdenden Gentilen über die Gränzen des Civilrechts hinaus gerufen hätte, — obgleich dafür sogar ein Theil der Juristen sprach, — obgleich bei den entfernteren Agnaten gar nicht das juristische Hinderniß einer zwischen ihnen und dem proximus agnatus stehenden Person vorhanden war. —

Der Prätor that es dennoch nicht, er schuf für sie, wie wir sehen werden, lieber eine eigene, auf andere Grundlagen gebaute Klasse, und ein Gleiches hätte er thun müssen, wenn er den Gentilen in unserem dritten Fall ein Erbrecht hätte zutheilen wollen. Es ist ja auch ein Widerspruch im Worte, dessen sich doch der Prätor unmöglich schuldig machen konnte,

daß er sie als **legitimi** gerufen hätte, welche hier gerade nicht legitimi sein konnten.

Daß es aber dem Prätor nicht einfallen durfte, noch eine eigene Klasse für die Gentilen aufzustellen, denen entferntere Agnaten vorstanden, das wird sich im Anfange des zweiten Buches leicht darthun lassen. Und dort wird es überhaupt sich erst recht klar zeigen, wie die hier aufgestellte Ansicht über die beschränkte Zulassung der Gentilen, nicht allein nicht eine undenkbare, sondern, däucht mich, eine nothwendige ist, um die weitere Ausbildung des Systems der b. p. zu erklären.

Hier bleibt mir nur noch übrig, nach Analogie des bei der b. p. unde agnati Ausgeführten (s. den vor. §. am Ende), Einiges über die **bedingenden** Beweise zu bemerken, welche der Prätor ebensogut von den Gentilen, als von allen übrigen Nachsuchenden, gefordert haben wird. Da ich annehme, daß beim Vorhandensein von Agnaten **mehrer** Grade kein Gentile zugelassen werden konnte, so muß auch die Bescheinigung, daß dies nicht der Fall sei, bei der Agnition geliefert worden sein, wogegen, wenn man wußte, daß nur **ein** Agnat vorhanden sei, natürlich nicht dargethan zu werden brauchte, er habe die Erbschaft ausgeschlagen.

Gleichmäßig müssen wir aber auch nach dem oben Gesagten annehmen, daß die Gentilen zu beweisen hatten, es sei der Erblasser als civis Romanus und suae potestatis gestorben, sowie daß der Nachsuchende mit ihm im Gentilitätsverbande gestanden habe [13]).

Andere, den bei der b. p. unde agnati bemerkten analoge Fälle dagegen werden in das Gebiet der vernichtenden Beweise gezählt worden sein.

---

13) Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, welchen Personen von denen, die überhaupt zu einer gens gezählt wurden, Successionsrecht zugestanden worden sei. Wir dürfen uns hier damit begnügen, daß jedenfalls der Prätor sie ebenso rief, wie das Civilrecht. Wie aber dies Civilrecht hier lautete, ist denn freilich nicht so leicht und einfach zu beantworten.

Drittes Kapitel.

Objective in der bonorum possessio enthaltene Rechte.

§. 35. In dem vorigen Kapitel sind die beiden Fragen erörtert worden, wie der Prätor den wahren heres zur Agnition der b. p. zu bewegen suchte, und wem er bei dessen Säumigkeit das Recht der successio gegeben habe. Es knüpft sich nothwendig daran die dritte Frage, welche Rechte diesem successor zugestanden worden seien?

Schon in der Art, wie wir diese Frage stellen, liegt die Annahme des Falles, daß ein wahrer heres in der, oder einer der vorhergehenden Klassen vorhanden ist, oder wenigstens beim Tode des Erblassers vorhanden war, und die ihm gesetzte Frist nicht benutzt hat, — so daß der, welcher die b. p. agnoscirt, nicht wahrer, sondern nur fingirter heres ist, Präsumtion und Wirklichkeit also auseinander fallen. Es versteht sich von selbst, daß da, wo der b. possessor zugleich heres ist, dieser auch alle die Rechte hat, welche wir hier beim successor, der nicht zugleich heres ist, finden werden. Und man könnte danach der Ansicht sein, daß das hier Abzuhandelnde bereits an die erste Frage des vorigen Kapitels anzuknüpfen gewesen wäre. Allein nach dem im §. 22. Gesagten, daß nämlich die ganze b. p. ein wesentlich relatives Verhältniß sei, wird es einleuchten, daß eine andere Darstellung der in der b. p. enthaltenen Rechte bei weitem räthlicher sein mußte.

Da nämlich die Grundlage der hier zu erörternden Rechte die Fiction des heres ist, so müssen sie doch offenbar weit anschaulicher durchgeführt werden können, wenn man den lediglich fingirten heres ins Auge faßt, und ihm dann den wahren heres gegenüberstellt.

Letzterer hat für die Nachsuchung der b. p. im Grunde nur wegen der oben dargestellten Punkte ein Interesse. Die hier in Betracht kommenden Rechte konnten ihm nur allenfalls interimistisch nützlich sein; d. h. wenn er nicht gleich sein Civilerbrecht streng beweisen konnte, so mußte es ihm sehr wünschenswerth erscheinen, daß er die Rechte, welche ihm wirklich definitiv zustanden, nun auch bereits ohne jenen strengen Beweis als fingirt Berechtigter ausüben durfte.

Indem wir dies vorausschicken, wird wohl nicht mehr mißverstanden werden können, was wir in der Folge nur dem successor, der nicht zugleich heres ist, zuschreiben werden. Es bleibt hier noch übrig zu entwickeln, in wie viel Punkte dieser vor uns liegende Gegenstand auseinanderzuscheiden ist.

Possessio, ohne weiteren Zusatz, wird bekanntlich von den Römern meist in einer technischen, von der bloßen detentio genau getrennten Bedeutung gebraucht [1]). Wir nennen es den juristischen oder den Interdictenbesitz, weil bestimmte Interdicte zum Schutze desselben gegeben sind.

Diese technische possessio geht in ihrer normalen Gestalt nur auf körperliche Sachen [2]) und begreift das Vereinigtsein der beiden Erfordernisse des corpus und des animus domini in sich [3]). Sie läßt sich also als die factische Ausübung

---

1) Es ist nicht nöthig, das allgemein bekannte klassische Werk noch besonders zu citiren, auf welches alle ins Gebiet der possessio einschlagenden Untersuchungen, als auf ihren Stützpunkt recurriren müssen, wenn man auch im Einzelnen von des großen Meisters Wege sich entfernen zu müssen glaubt.

2) Fr. 3. pr. de acq. vel am. poss. — „Possideri autem possunt, „quae sunt corporalia."

3) Fr. 8. eod. — „Quemadmodum nulla possessio acquiri, nisi „animo et corpore potest etc."

des Eigenthumrechtes definiren. Einestheils findet sich dieses Verhältniß bei dem wahren Eigenthümer, indem es gerade hier in der höchsten Potenz der Rechtmäßigkeit erscheint, so daß es sogar bei einer nur rohen Auffassung der Rechtsverhältnisse mit dem Eigenthume völlig zusammenzufallen den Anschein hat [4]). Indessen läßt sich doch die possessio als ein selbständiges Rechtsverhältniß von der Frage über das Eigenthum trennen (und diese feine Scheidung verdanken wir den Römern), so daß die factische Ausübung des Eigenthumrechtes (corpus und animus domini) auch zu Gunsten der Personen mit Interdicten geschützt sein soll, bei denen es zweifelhaft oder vielleicht ganz entschieden ist, daß sie nicht Eigenthümer seien. Der Grund, um dessentwillen man eine Trennung von der Eigenthumsfrage vornahm, ist ein sehr einfacher. — Man kann unbegründete Eigenmächtigkeiten und Willkührlichkeiten der Menschen nicht gut heißen wollen. Wenn sich eine Sache in der Hand Jemandes befindet, so ist das freilich noch kein Zeichen, daß er ein wahres materielles Recht daran habe. Aber so lange Niemand auftritt, der da beweist, daß ihm selbst dieses wahre Recht an der Sache zustehe, ist auch nicht der geringste Grund vorhanden, sie Jenem wegzunehmen. Warum, das ist die von selbst sich ergebende Frage, soll denn ein Anderer sich ihrer bemächtigen dürfen, welcher doch ein Recht an derselben nicht nachzuweisen vermag?

Die ganze Zeit, in der über das materielle Recht an der Sache noch nicht entschieden werden kann, eben weil der wahrhaft Berechtigte noch nicht hervorgetreten ist, ist ein durchaus negativer Zustand, und da gerade Niemand rechtliche Ansprüche macht, so ist es doch das Natürlichste, daß sie da bleibt, wo sie ist [5]). Es kann also gar nicht darauf ankommen, zu

---

4) Fr. 1. pr. §. 1. eod. — Possessio appellata est — a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit. — Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fieri, qui primi possessionem eorum apprehenderint.

5) Mir kommt dies vor wie der Beweis, daß die Erde, abgesehen von

fragen, ob der einstweilige Besitzer ein materielles Recht an der Sache habe. Und selbst wenn es feststände, daß er sie ganz unrechtmäßig, vielleicht durch Gewalt oder heimlichen Diebstahl in seine Hand bekommen habe, so ist doch daraus unberechtigten dritten Personen noch kein Recht erwachsen, sie ihm wegzunehmen. Indem man ihn in seinem Besitze schützt, thut man das nicht um seinetwillen, es geschieht, damit die Sache sicher an derselben Stelle bleibe, damit nicht durch ein grundloses Fortgehen aus einer Hand in die andere es dahin komme, daß dem endlich auftretenden Berechtigten alle Spur derselben verwischt sei.

Der reine Besitzeszustand ist also die Negation alles materiellen Rechtes an der Sache, und eben deßhalb muß dem Besitzer selbst ein formelles Recht an derselben zugestanden werden, welches er durch Klagen muß verfolgen können. In der Durchführung dieser Klagen darf die quaestio de proprietate (oder überhaupt über materielles Sachenrecht) durchaus nicht eingemischt werden, eben damit man dem dereinst auftretenden wahrhaft Berechtigten nicht vorgreife.

So kann man also allerdings die possessio als ein Recht an Sachen auffassen, aber man muß sie ein formelles, ein interimistisches Sachenrecht nennen [6]. —

---

anderen Himmelskörpern, die sie an sich ziehen, nicht aus ihrer Bahn treten kann. Ein Beweis, der durch die bloße Frage geführt wird, wo soll sie denn hinfallen? — Da sie ebensogut nach oben, nach unten und nach allen Seiten fallen müßte, so bleibt sie ruhig auf ihrem Wege. Fr. 5. pr. in fin. si ususfr. pet. „Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

6) Fr. 1. §. 1. de superfic. — hoc interdictum proponere, et quasi in rem actionem polliceri. Fr. 2. uti poss. — Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscunque enim possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. Fr. 36. de a. v. a. poss. — Es wird mir wohl nicht verargt werden, daß ich hier nur in kurzen Zügen so berühmte Punkte berühre, die mir lediglich zur Anknüpfung für das Folgende dienen sollen; daß ich also auf die bekannten Ansichten An-

Es ließe sich hiergegen der Einwurf vorbringen, daß die Römer von der angegebenen Anschauungsweise geleitet (wie sie doch entschieden in dem fr. 2. uti poss. ausgedrückt ist) — darauf hätten gelangen müssen, einem jeden Detentor das Recht des Besitzes zuzugestehen. Allein ein nur geringes Nachdenken führt auf das Unpassende dieses Einwurfs. Die quaestio des Besitzes soll eine von der des Eigenthums separirte sein, der Besitz ist gerade der Zustand, in dem über das materielle Recht an der Sache noch nichts Sicheres feststeht. Wenn aber Jemand eine Sache so detinirt, daß er sein ganzes Recht daran vom Eigenthümer ableitet, so würde hier, wenn er auf die Besitzesklagen Anspruch machen dürfte, in die Verhandlung der Sache nothwendig die quaestio dominii eingemischt werden, da gerade sein ganzes Verhältniß zur Sache auf der Concession des Eigenthümers beruht [7]). So folgt es also, wenn man der possessio ein selbständiges, vom Eigenthum getrenntes Feld überhaupt anweisen will [8]), daß man davon alle Fälle ausscheiden muß, in denen der Detentor sich selbst an den Eigenthümer anlehnt, mit andern Worten, man mußte für die possessio, welche ein durch Klagen geschütztes interimistisches Recht enthalten sollte, nothwendig außer dem körperlichen In-

derer nicht weiter eingehe. Ich hoffe, man wird es der Erörterung im Texte ansehen, daß sie nicht so eilig ausgedacht ist, als sie gelesen werden kann.

7) Recht klar ist dies aus dem Beispiele des fr. 19. pr. de a. v. a. p. zu ersehen: Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit. Quaero utrum desinat possidere, an non? Respondi: in promtu est, ut possidere desierit. — Es sind anfangs alle Erforderniße der possessio vorhanden, aber plötzlich wird durch den Pachtcontract das Verhältniß des Eigenthümers eingemischt. Es kann also unmöglich die possessio als ein selbständiges Rechtsverhältniß noch ferner bestehen bleiben. L. 1. C. Comm. de usuc. (7. 30.)

8) Fr. 1. §. 2. uti poss. — Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. Aus der Aufstellung der Interdicte ist ja erst durch die Wissenschaft, die Theorie des Besitzes abgeleitet. Fr. 12. §. 1. de ac. vel am. possess.

nehaben, noch ein zweites juristisches Erforderniß aufstellen, den animus domini [9]).

So ist denn bei der possessio Alles vorhanden, was überhaupt zum Bestehen eines wahren, (wenn auch nur interimistischen) [10]) Rechtes gehört, nämlich die Aufstellung juristischer Erfordernisse für dasselbe, wonach sich sein Entstehen und seine Beendigung richtet, und die Schützung desselben durch Rechtsmittel, die possessorischen Interdikte.

In dieser reinen possessio, die also, weil sie gerade das Unentschiedensein über das Eigenthum enthält, so gut beim Eigenthümer als beim Nichteigenthümer stattfinden kann, lassen sich nun übrigens noch andere Momente hinzufügen, durch deren Hinzutreten noch besondere Rechtsverhältnisse erzeugt werden. Nie indessen, das muß wohl dabei festgehalten werden, wird dadurch eine solche Einheit erzeugt, daß nicht in jedem Augenblick die reine possessio als ein völlig selbständiges, die einmal anerkannten Wirkungen erzeugendes Rechtsverhältniß aufgefaßt werden könnte. Es muß dies nothwendig der Fall sein, da, wie gezeigt ist, die possessio sich sogar in der Hand des wahren Eigenthümers völlig von der quaestio dominii trennen läßt [11]).

---

9) Natürlich können hiergegen nicht die anomalen Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes angeführt werden.

10) Man wird darin keinen Widerspruch finden, daß ein intermistisches Recht ein wahres Recht genannt wird. Man denke an das s. g. dominium, quod resolvitur ex tunc. fr. 66. de rei vind. — Dies interimistische Recht der possessio erhellt sehr deutlich aus einer Stelle Ulpians, worin gerade von einem Interdict die Rede ist, welches das definitive Recht (proprietatis causam) ausnahmsweise in sich faßt. Fr. 1. §. 45. de aqua quotid. et aest. — Meminisse autem debemus in hoc interdicto totam quaestionem finiri assignationis. Non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta (daraus folgt freilich noch nicht, daß die Interdicte bloße Einleitungsverfahren des dinglichen Processes seien), nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet jus assignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur.

11) Fr. 3. §. 21. 22. de a. v. a. p. — Genera possessionum tot sunt,

Diese hinzutretenden Momente haben den gemeinsamen Charakter, daß der die Sache Innehabende nicht bloß, wie es die possessio voraussetzt, sich als Eigenthümer gerirt, sondern auch glaubt, er sei in Wahrheit der Eigenthümer, daß er dies aus einem guten Grunde glaubt, welcher nur wegen eines ihm unbekannten und nicht imputabeln Factums ein unrichtiger ist.

Einem solchen bonae fidei possessor giebt das Recht, außer dem gewöhnlichen mit der possessio verknüpften Schutze auch noch die Befugniß, die Sache durch Usucapion in sein Eigenthum zu bringen; und zwar war historisch dies combinirte Rechtsverhältniß das frühere, schon dem Civilrechte bekannte, in welchem man dann später, als man erst den Begriff der reinen possessio construirt hatte, denselben vollkommen wieder erkannte. Gerade weil hier die reine possessio in einer Combination mit besonderen civilrechtlichen Erfordernissen und Wirkungen erscheint, nannte man es die civilis possessio[12]).

Später ging man (durch Einführung der Publ. act.) sogar noch weiter, und sah den in conditione usucapiendi Be-

quot et causae acquirendi ejus, quod nostrum non sit, veluti pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo, sicut in his, quae terra mari coeloque vel ex hostibus capimus, vel quae ipsi ut in rerum natura essent fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae. Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide.

12) Es ist gar nicht so schwer, gegen manche Wahrheiten doch immer noch allerlei Zweifelsgründe vorzubringen, aber darum sind sie nicht minder wahr. Es giebt Fragen, die man nicht bloß aus Quellenzeugnissen darf beantworten wollen, sonst würde man z. B. manchen der Niebuhrschen Forschungen wenig Glauben beimessen können. Ich will hier nicht untersuchen, ob sich dies auch auf den vorliegenden Punkt anwenden läßt, ob nicht die Römer mit Nothwendigkeit darauf kommen mußten, die bonae fidei possessio und ihren Gegensatz (der aber noch nicht immer malae fidei poss. ist) als die beiden Hauptspecies der ganzen Lehre zu unterscheiden (s. d. vor. Note) und ob sich dafür nicht ganz von selbst die Terminologie von civilis und naturalis possessio ergab? —

fündlichen, gegen Alle außer dem wahren Eigenthümer, als den **fictus dominus** an, indem man die angefangene Usucapion als bereits vollendet betrachtete.

Was hiemit von der **possessio**, d. h. von dem Besitze einzelner körperlicher Sachen festgestellt ist, es fragt sich, ob man es auf die **bonorum possessio** d. h. den Besitz einer **universitas**, übertragen dürfe? —

Wenn uns einestheils die Gleichheit des Namens hierzu leicht verleiten könnte, (ein Punkt, der für Niebuhr die Veranlassung war, die Entstehung der ganzen **bon. poss.** aus der alten **possessio** am **ager publicus** abzuleiten [13]) — so tritt uns doch von der anderen Seite gleich im Anfange des Pandektentitels **de bon. poss.** eine Stelle mahnend genug entgegen, welche uns bei Vergleichungen der **possessio** mit der **bonorum possessio** wohl auf unserer Huth zu sein räth:

> Fr. 3. §. 1. — Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis quam corporis possessio, denique et si nihil corporale sit in hereditate, attamen recte ejus possessionem agnitam, Labeo ait —

Es versteht sich von selbst, daß Ulpian hier nicht von einer **juris** (**sc. in re aliena**) **quasi possessio** spricht, denn diese bezieht sich doch immer auf dingliche Rechte an einzelnen körperlichen Sachen. Ulpian sagt es ausdrücklich, daß sich die **b. p.** gar nicht direkt auf einzelne körperliche Sachen beziehe, sie soll ganz rein die **possessio** eines **jus**, offenbar des **jus heredis**, also des **Erbrechtes** sein [14]).

---

13) Niebuhrs Röm. Gesch. II. 173 ff, (der zweiten Ausg.) III. 37. — S. die Wiederlegung von Fabricius. S. 8 ff. und Danz Rechtsgesch. II. S. 45.

14) Hieraus sieht man, daß der materielle Begriff der **b. p.** ein noch ganz anderer ist, als Gewährung der Besitzergreifung für den **heres** (s. oben S. 97.), daß derselbe vielmehr erst beim **successor** klar hervortritt, indem die **fictio** des **jus heredis**, auf welche Labeo Alles stellt, meist beim wahren **heres** nicht mehr einzutreten braucht.

Das Resultat ist danach, daß Alles, was in der Lehre von der possessio mit ihrem Gegenstande zusammenhängt, auf die b. p. gar keine Anwendung leidet; daß also nur in Beziehung auf die übrigen Theile der Besitzeslehre überhaupt die Frage entstehen kann, ob sich davon bei der b. p. etwas Gleiches oder wenigstens Aehnliches finde. Nach dem bisher Gesagten ist dies in drei Punkte zu zerlegen.

1) Die possessio ist oben als factische Ausübung des Eigenthumsrechtes definirt worden. Wenn wir nun bei der b. p. den Gedanken an einzelne körperliche Sachen zu verbannen, und als ihren Gegenstand ein jus, nämlich das Erbrecht zu substituiren haben, so werden wir doch, da die b. p. immer noch eine possessio (im weiteren Sinn) sein soll, den übrigen Theil jener Definition beibehalten können. Wir dürfen sie also im Allgemeinen als die factische Ausübung des Erbrechtes auffassen. Darin aber liegt, ebensogut wie bei der possessio ein Eigenthümer vorhanden sein kann, der das interimische Recht des possessor zunichte machen darf, so auch hier ein wahrer heres zu denken ist, der dem einstweilig das Erbrecht Ausübenden mit stärkerem Rechte entgegen zu treten vermag.

Die erste Frage, wenn wir die Rechte des bonorum possessor kennen lernen wollen, muß also das Verhältniß betreffen, in dem er zu diesem ihm gegenüberstehenden heres zu denken ist.

2) Es ist vorher gezeigt worden, daß zu der possessio noch außer ihr liegende Momente hinzutreten können, welche sie zu einer justa machen, und so die Usucapionsbefugniß hervorrufen. Da wir nun aber im vorigen Kapitel gesehen haben, daß die b. p. stets vom Prätor ertheilt wird, so erhebt sich in Folge einer Aeußerung des Paulus: juste possidet qui auctore Praetore possidet [15]) — die Frage, ob die b. p. ebenfalls, als justa possessio, eine Usucapionsbefugniß enthalten habe?

Jedenfalls muß dies zuerst in Bezug auf das jus here-

15) Fr. 11. de a. v. a. poss.

dis beantwortet werden, welches ja, wie Ulpian lehrt, der eigentliche Gegenstand der b. p. ist. Indeß, wenn hier, wie wir sehen werden, eine verneinende Antwort gegeben werden muß, so bleibt dann noch eine andere Frage übrig. Ulpian sagt nämlich in dem fr. 3. §. 1. cit. daß direct die b. p. keine corporis possessio sei, indem die Erbschaft gar nichts Körperliches zu enthalten brauche. Aber darin liegt doch, daß sie auch Körperliches in sich fassen könne, und bekanntlich ist dies ja der häufigste Fall. Es ist daher zu untersuchen, ob nicht wenigstens die b. p. in Beziehung auf das etwaige corporale in der Erbschaft eine Usucapionsbefugniß gewähre?

Kurz gefaßt sind also bei diesem zweiten Punkte die in der b. p., als einer justa possessio, liegenden Rechte zu erörtern.

3) Aus der ganzen Entwicklung der voraufgehenden beiden Kapitel geht hervor, daß der b. possessor als fictus heres aufgefaßt wird. Da wir nun so eben bemerkt haben, daß auch der bonae fidei possesor einer einzelnen Sache in Folge der Publiciana actio als fictus dominus behandelt wird, so könnte man darauf kommen, daß hier ein innerer Zusammenhang zwischen beiden Instituten vorläge. Indessen leuchtet ein, daß, wenn schon bei dem vorhergehenden Punkte sich beweisen läßt, daß in der b. p. keine Usucapion des jus heredis gelegen habe, auch die ihr inwohnende fictio heredis einen von Grund aus anderen Charakter haben muß, als die fictio dominii bei der Publ. act., welche auf der vollendet gedachten Usucapion ruht. Und das wird denn auch die selbständige Erörterung der in der b. p., als einer fictio heredis, liegenden Rechte zur Genüge ergeben. —

In diesen drei Punkten, deren Wichtigkeit und Umfang freilich sehr verschieden ist, wird das gesammte Gebiet der objectiven in der b. p. enthaltenen Rechte erledigt sein, und wir sehen schon aus diesem Ueberblick, daß der Zusammenhang mit dem Institute der possessio nur sehr gering angeschlagen werden kann. Eben schon um dieses Resultates willen, mußten wir jene Grundzüge der Besitzeslehre voraussenden, welche uns aber auch noch in anderer Beziehung in der Folge von Nutzen sein werden.

I. Verhältniß des bonorum possessor zum heres.

1) Transitorische Fiction.

§. 36. Wir nehmen an, daß ein Civilerbe die ihm in einer bestimmten Frist deferirte bon. poss. nicht agnoscirt hat, und daß sie darauf in einer folgenden Klasse wirklich Jemandem ertheilt ist. Alsdann muß jenem heres, der mit seinem Civilrechte sich begnügen wollte, noch durchaus die Befugniß zustehen, dasselbe mittelst der her. pet. gegen den bon. possessor durchzusetzen, und so, freilich auf einem Umwege, wieder zur Erbschaft zu gelangen, welche er durch Einhaltung der ihm gesetzten Frist gleich als bonorum possessor hätte erlangen können.

Es ist dies Verhältniß oben bereits als ein Hauptpunkt bei der b. p. angegeben worden. Der Prätor wollte freilich nicht mehr von der Säumigkeit des heres abhängig sein, er wollte einen Anderen an dessen Stelle berufen können, aber dieses successive Eintreten eines non heres sollte das Recht des wahren Erben nicht, wie es die alte pro herede usucapio mit sich geführt hatte, vernichten, es sollte nur die transitorische Fiction eines heres gewähren, an den sich namentlich die Creditoren sogleich halten könnten.

Sehr natürlich mußte sich für diese, ganz dem Willen des Prätors gemäße Hinwegräumung des b. possessor durch die her. pet. ein technischer Ausdruck bilden. Man nannte es die b. p. sine re, welche Gaius III. 35—38 weitläuftig beschreibt, so daß ich durch Anführung seiner Worte aller weiteren Beispiele überhoben werde:

> Ceterum saepe quibusdam ita datur b. p., ut is cui data sit, non obtineat hereditatem: quae bon. poss. dicitur sine re, nam si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bon. possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

Idem juris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bon. possessionem', contentus legitimo jure: nam et agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, cum evinci hereditas a filio herede possit; et illud convenienter dicetur, si ad agnatum jure civili pertinet hereditas, et hic adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, etsi quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem. — Sunt et alii quidam similes casus, quorum aliquos superiore commentario tradidimus.

Die Fälle, auf die Gaius hier zuletzt verweist, können wir hier noch nicht in Betracht ziehen, so wie wir ja schon in dem Angeführten sehen, daß er über den Kreis der dem Civilrecht bekannten Klassen, von dem wir hier reden, hinausgeht. Indeß leuchtet ein, daß Gaius alle erwähnten Fälle als gleichartig behandelt, so daß also, was wir als Princip der b. p. sine re bei den civilen Erbklassen anzuerkennen haben, auch bei einer späteren durch den Prätor bewirkten Vermehrung der ordines nicht verändert sein kann.

Dieses Princip nun, nach welchem die b. p. zur sine re wird, ist folgendes:

jeder zu einer civilrechtlichen Klasse Gehörige geht einem bon. possessor vor, der aus einer späteren Klasse, als in der Jener steht, die b. p. agnoscirt hat [1]).

Damit ist indeß die Frage noch nicht entschieden, welche Reihenfolge der Erbklassen hier die maaßgebende sei, ob die civilrechtliche oder die prätorische? Und bekanntlich hat Hugo

1) Ulp. fr. XXIX. 13. — **Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re, — sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit: veluti si suus heres intestati sit, bonorum possessio sine re est, quoniam suus heres evincere hereditatem jure legitimo possit.** — Ebenso ist das Verhältniß zwischen einem heres und einem b. possessor, die in derselben Klasse neben einander stehen, denn hier geht der heres dem bon. poss. in Beziehung auf seine Quote vor.

in seiner Doctordissertation dies dahin beantwortet, daß es auf die Ordnung des Prätors ankomme, was, nachdem es anfangs allgemein als richtig anerkannt war, neuerdings wieder angefochten ist.

Offenbar ist es für die anfängliche Zeit, in der die b. p. nichts als eine successio unter den civilrechtlichen ordines war, ganz einerlei, ob man sagt, der Prätor habe die Klassenordnung des Civilrechts oder seine eigene befolgt. Und dasselbe muß auch für die Zeit gelten, welche wir im Anfange des nächsten Buches darstellen werden, wo der Prätor supplendi jur. civ. gratia neue Erbklassen hinter den civilrechtlichen ordines aufstellte, denn der, welcher die b. p. zur sine re macht, muß doch immer ein vom Civilrecht Berufener sein. Es kommt hier also stets auf die civilrechtliche Reihenfolge der Klassen an, welche der Prätor noch immer vollkommen anerkennt. — Erst als er corrigendi jur. civ. gratia mit einigen ordines dem Civilrecht entgegentrat, scheidet sich die Reihenfolge, indem der Prätor nun den heredes, welchen er die neuen Klassen vorzog, nothwendig die her. pet. nicht mehr gegen Letztere zugestehen konnte, so daß sie also die ertheilte b. p. auch nicht mehr zur sine re zu machen vermogten. — Für diese ausgedehnteste Gestalt der b. p. ist es allerdings das Bequemste, das Princip der b. p. sine re mit Beziehung auf die Prätorische Reihenfolge der Erbklassen aufzustellen, obgleich freilich, abgesehen von den das Civilrecht corrigirenden Theilen der b. p., der Prätor seine eigene Reihenfolge nur deßhalb befolgte, weil sie die des Civilrechts war. —

Daß aber gegen dieses Princip nicht die Gründe vorgebracht werden dürfen, welche Fabricius es zu verlassen bewogen haben, ist bereits in meiner historia bonorum possessionis nachgewiesen worden, und davon wird auch noch in der Folge die Rede sein.

---

§. 37. Nach dieser allgemeinen Darstellung, wie die bonorum possessio zur sine re werden könne, müssen die einzelnen Folgerungen, welche sich aus dem Gesagten ableiten lassen, genauer ins Auge gefaßt werden:

1) Eine bonorum possessio sine re ist von Grund aus verschieden von den oben häufig erwähnten Fällen, wo die b. p. als non data angesehen wird [1]). Bei dieser Letzteren sind, wie das aus unserer früheren Ausführung genügend hervorgegangen sein wird, die Voraussetzungen und Präsumtionen nicht eingetroffen, mit denen der Prätor, wenn sein Institut ein practisch brauchbares sein sollte, nothwendig sich in vielen Punkten begnügen mußte. Aber das Zerfallen jener Präsumtionen mußte auch von selbst das Resultat herbeiführen, als wenn in diesem Falle eine b. poss. nie ertheilt worden wäre. — Bei der b. p. sine re dagegen ist gerade Alles erreicht, worauf der Prätor hauptsächlich ausging. Es ist eine Zeit lang ein fingirter heres vorhanden gewesen, der den Creditoren und Pontifen gegenüberstand, und es ist nun doch die Erbschaft an den wahren heres gelangt, so daß also das öffentliche und das Privatinteresse gleichmäßig ihre Befriedigung erhalten haben. — Da es aus dem innersten Wesen des Erbrechtes folgt, daß, sobald einmal das jus heredis feststeht, es nicht mehr von dem Berechtigten wieder abgetrennt werden kann [2]), so ergiebt sich auch, daß, nachdem eine b. p. sine re geworden, also der heres seine her. pet. durchgesetzt hat, natürlich nicht mehr von einer nochmaligen Ertheilung der b. p. an eine folgende Klasse die Rede sein kann [3]). Es wäre ein

1) S. oben §. 28.

2) Wie wir sagen: semel heres, semper heres.

3) Das allgemeine Princip ist, daß, wenn einmal eine gültige b. p. agnoscirt worden, sie keinem andern ordo mehr deferirt werden kann; fr. 42. §. 1. de bon. libert.; es ist dies jener in der vorigen Note angedeutete Satz des Civilrechts, den der Prätor auch für seinen fictus heres unbedenklich anerkennen mußte. Ja wir sehen ihn daran so streng festhalten, daß, wenn auch der bon. possessor aus anderen Gründen (d. h. nicht denen, welche die b. p. als non data erscheinen lassen) wieder wegfällt, doch von einer ferneren Delation der b. p. nicht die Rede sein kann. Fr. 2. de succ. ed.: Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, quum prior ex propria parte possessionem accepisset. Nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit. — Wenn hier sogar der

unnützes Spiel mit Rechtsinstituten, da noch einmal einen fingirten heres zu constituiren, wo der wahre bereits gefunden ist. Dagegen bei der b. p., quae data non intelligitur, muß, weil der Prätor noch nicht erreicht hat, was er mit der b. p. erlangen will, nothwendig die Delation auf den folgenden ordo übergehen.

Beide Arten, wie die b. p. vernichtet wird, lassen sich also in dem Verhältniß auffassen, in welchem das, quod ab initio nullum est zu dem steht, quod sub conditione resolvitur.

2) Hiermit steht ein anderer Punkt in enger Verbindung. Die b. p. sine re setzt immer einen mit der hereditatis petitio auftretenden Civilerben voraus, also einen wahren Erbschaftsproceß, während sie nicht daraus hervorgehen kann, daß man überhaupt weiß, es sei noch ein voranstehender Civilerbe vorhanden. Bei der b. p., quae data non intelligitur, muß man, wie oben erörtert ist, annehmen, daß eine jede ganz außer den Gränzen eines Processes dem Prätor gegebene Ueberzeugung des vernichtenden Grundes vollkommen genügte, ebensogut wie die Erlangung dieser Ueberzeugung vor dem Nachsuchen der b. p. überhaupt die Ertheilung derselben unmöglich machte.

3) Durch diese nothwendige Voraussetzung eines Erbschaftsstreites werden wir darauf geführt, auf die weiteren Wirkungen desselben, namentlich die Restitutionsverbindlichkeit des Beklagten noch specieller einzugehen.

Die her. pet. war, wie oben nachgewiesen ist, aus der älteren Gestalt der pro her. usuc. hervorgegangen. Weil die wichtigste Folge derselben war, daß dem heres dadurch sein Erbrecht entzogen wurde, so mußte es auch eine Klage geben, welche direkt auf Abwendung dieses Verlustes, also auf Anerkennung des klägerischen Erbrechtes von Seiten des Beklagten, gerichtet war, und nur mittelbar die Restitution der

---

Fiscus dem entfernteren Cognaten vorgeht, so muß doch gewiß der wahre heres, der die b. p. zur sine re gemacht hat, allen weiteren Graden der b. p. im Wege gestanden haben! — Die Entschiedenheit der Regel bestätigt sich auch durch die Art, wie in fr. 1. §. 1. ut ex legib. eine ganz anomale Ausnahme vorgetragen wird.

vom Bekl. besessenen res hereditariae betraf. — Seit der zweiten Periode der pro her. us., als sie noch eine Erwerwerbung der einzelnen Erbschaftssachen gewährte, trat nun eigentlich die hered. pet. in ein schiefes Verhältniß, indem das Erbrecht, auf welches ihre Intentio gerichtet ist, jetzt gar nicht mehr durch den Besitzer der res hereditariae verletzt wird. Es könnte also scheinen, daß man nun zu den einzelnen Vindicationen und persönlichen Klagen hätte zurückkehren müssen, welche vor Einführung der pro her. us. allein bestanden hatten. Daß man indessen doch die einmal bestehende Klage ganz mit ihrer bisherigen Natur fortleben ließ, dafür läßt sich ein völlig hinreichendes praktisches Bedürfniß nachweisen.

Die einzelnen Vindicationen mußten, als es noch keine pro herede usucapio gab, genügend erscheinen, da ein Verlust der Erbschaftssachen durch die regelmäßige Usucapion, wie das oben gezeigt ist, nur sehr selten vorgekommen sein kann. Es war also der Erbe meist gar nicht durch kurzen Zeitablauf bei der Einforderung der Erbschaftssachen gedrängt, und so war kein Bedürfniß vorhanden, eine Universalklage an die Stelle der Cumulation einzelner Vindicationen treten zu lassen, durch welche in Eins die Restitutionsverbindlichkeit aller vom Bekl. besessenen Erbschaftssachen juristisch festgestellt würde. Während der zweiten Periode der pro her. us. war dagegen dies Bedürfniß ein äußerst dringendes. Es gab jetzt einen Weg, die Erbschaftssachen ohne eine durch justus titulus gerechtfertigte bona fides in sein Eigenthum zu bringen. Es geschah dies in der kurzen Zeit eines Jahres. So konnte man also bloß dadurch, daß man die Sachen dem heres in dieser Frist geheim hielt, denselben um sein Eigenthum bringen, ja das Gebiet der pro her. us. ging noch weiter, sie befreite auch den in einem Jahre nicht zahlenden Schuldner. Es mußte sehr häufig vorkommen, daß der Erbe die einzelnen Sachen gar nicht benennen, die Schuldposten nicht specificiren konnte, welche ihm irgend Jemand vorenthielt, daß er also keine Singularvindicationen und persönliche Klagen gegen ihn anzustellen vermogte, und so würden ihm also nach Ablauf des Jahres diese Theile der Erbschaft ohne Rettung verloren gewesen sein.

Die her. pet. bot hier die von selbst sich ergebende Aus-

hülfe, und so kommt es, daß wenn auch das, worauf sie eigentlich gerichtet ist, gar keiner gerichtlichen Verfolgung mehr bedurfte [4]), man sie dennoch auch in der zweiten Periode der pro herede usucapio unverändert fortbestehen ließ. Der eigentliche Zweck, um dessentwillen man die her. pet. anstellte, war nun allerdings Herausgabe des zur Erbschaft Gehörigen, aber weil das oft nicht vom Kläger angegeben werden konnte, ließ man (gleichsam als incerta intentio) denselben noch ebenso wie bisher Anerkennung des Erbrechts fordern, woraus von selbst das folgte, was der Kläger im Grunde erlangen wollte, nämlich die Herausgabe alles zur Erbschaft Gehörigen, mogte nun der Kläger gewußt haben, daß es sich beim Bekl. befinde oder nicht. — Jetzt trennen sich also die eigentliche wahre Intention des Klägers und das juristische Gewand, in welches sie gekleidet ist. Jene, um besser realisirt werden zu können, ist zu einer Folgerung aus dem juristischen Gegenstande der Klage herabgesunken.

Wie nun ist diese Restitution der Erbschaft von Seiten des Bekl. zu beschaffen? Darf hiebei ein Unterschied der Haftverbindlichkeit für den bonae und malae fidei possessor angenommen werden?

Offenbar muß für die zweite Periode der pro herede usucapio dasselbe geantwortet werden, was für deren erste Periode galt. Da in Folge der Rechtsregel es einem Jeden frei stand, Erbschaftssachen in Besitz zu nehmen, so lag darin schon die nöthige bona fides, also es konnte nicht weiter darauf ankommen, ob der Besitzer (fälschlich) glaubte, er sei Erbe oder nicht. Der Unterschied von pro herede oder pro possessore possidens kann sich immer nur auf das verschiedene Vorbringen des Bekl. im Proceß bezogen haben, was aber auf dessen juristische Stellung keinen weiteren Einfluß äußerte. Erst als die pro her. us. ihre dritte Periode

4) Dadurch unterscheidet sie sich also jetzt wesentlich von der Singularvindication, welche nothwendig auf Anerkennung des Eigenthums (rem meam esse) gerichtet sein muß, weil von Seiten des Bekl. ein Usucapionsbesitz vorhanden sein kann, der nur dadurch, daß der Bekl. das Eigenthum des Klägers anerkennt, unschädlich gemacht wird.

begann, d. h. seit dem Hadrianschen Sct. [5]), welches die Revocabilität der pro her. usuc. durch die her. pet. bestimmte, erst jetzt konnte sich der Besitzer nicht mehr damit entschuldigen, daß die Besitznahme der Erbschaftsgüter einem Jeden erlaubt sei, es mußte also nun der Unterschied von Bedeutung werden, ob er in anderer Weise seinen Besitz rechtfertigen könne oder nicht, ob er also bonae oder malae fidei possessor sei. Es wurde dies zuerst in dem s. g. Juventianischen Sct. [6]) in Beziehung auf einen einzelnen Fall ausgesprochen, aber da jenes andere Sct. mit Nothwendigkeit darauf führte, so war es sehr natürlich, daß die Wissenschaft sich der darin enthaltenen Principien bemächtigte, und, durch Anwendung derselben auf jede her. pet., dieser eine vielfach andere Gestalt gab [7]). Leicht erklärlich ist es dabei, daß man jetzt den bisher in anderer Bedeutung gebrauchten Ausdrücken: pro herede und pro possessore possessor den Sinn von bonae und malae fidei possessor beilegte, und jedenfalls mußte der b. possessor zu den pro herede possidentes gerechnet werden [8]), während er bisher vielleicht gar nicht oder wenigstens in ganz anderem Sinne mit diesem Ausdrucke bezeichnet worden war [9]).

5) Gai. II. 57.

6) Fr. 20. §. 6. de her. pet.

7) Es wird vielfach angenommen, daß dies s. g. Juventianische Sct. mit jenem von Gaius erwähnten eins und dasselbe sei. (S. Arndt's Beiträge I. S. 81. Note 146). Möglich ist diese Ansicht allerdings vollkommen, da beide im Principe genau zusammenhängen. Aber sie ist auch nicht nöthig, und die Sache bleibt dieselbe. Freilich muß man wohl, wenn man zwei verschiedene Scta annimmt, das von Gaius erwähnte aus dem im Text angegebenen Gründen für das frühere halten, obgleich sich auch umgekehrt die Sache sehr gut erklären läßt. — Daß es zwei Scta gewesen, dafür spricht, daß einestheils in fr. 20. §. 6. cit. des Sct. vollständig mitgetheilt zu sein scheint („verbis ejus relatis") und anderntheils würde Gaius wohl nicht so allgemein sagen: Sctum factum est, ut tales usucapiones revocarentur, wenn dasselbe, von einem singulären Fall sprechend, erst von den Juristen auf alle hereditatis petitiones ausgedehnt worden wäre.

8) Fr. 11. pr. de her. pet.

9) Es ist nicht Einer, qui putat se heredem esse, sondern qui dicit se loco heredis (pro herede) possidere.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß vor dem Hadrianschen Sct. die Restitutionsverbindlichkeit des b. possessor durchaus unter denselben Regeln stand, als die eines jeden pro herede Usucapirenden; welches aber diese Regeln gewesen seien, ist für uns sehr schwer zu bestimmen, da die Erörterung unserer Quellen durchgehends das neuere Recht nach dem Sct. im Auge hat. Was sich davon noch construiren läßt, ist in der trefflichen, schon öfters angeführten Abhandlung von Arndts ausgeführt, (S. 60—75) auf welche ich daher hier verweisen kann.

Daß die her. pet. außer auf die noch vorhandenen Erbschaftssachen auch bereits auf Restitution des Preises für veräußerte Sachen, der Früchte, und auf Ersatz des durch wahren dolus verursachten Schadens ging, sehen wir aus der Art, wie Ulpian die Interpretation des Sct's. einleitet[10]). Und außerdem hatte der possessor Sponsion zu stellen, daß er sich gehörig auf den Streit einlassen wolle, — wo nicht, so wurde der Besitz mittelst des Int. quam hereditatem auf den Kläger übertragen[11]). Hiervon wird gerade, wie schon Huschke bemerkt[12]) jenes zweite Kapitel im Prätorischen Edict: si possessor sponsionem non faciet gehandelt haben, welches gleich auf das erste die verschiedenen Klassen enthaltende Kapitel: si de hereditate ambigitur folgte, und das dann Verres,

---

10) Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, et de distractis rebus hereditariis, et de dolo praeterito, et de fructibus, de quibus, cum forma Senatusconsulto sit data, optimum est ipsius Scti interpretationem facere. — Offenbar ist mit den Worten: de dolo praeterito nicht jeder pro herede Usucapient gemeint. Vergl. außerdem des Labeo, Cassius und Proculus Ansichten in fr. 18. pr, 31. §. 5. und 36. pr. de her. pet.

11) Davon spricht das bekannte von Endlicher neuerdings entdeckte Fragment aus Ulpians Institutionen: Quaedam interdicta sunt tam adipiscendae, quam reciperandae possessionis, qualia sunt interdicta: quem fundum et quam hereditatem, nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur is ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem.

12) Richtersche Jahrb. 1839. S. 10.

wie oben gezeigt ist, mit diesem vorhergehenden Titel zusammengeworfen hatte (s. §. 24. hinter Note 12). Wenn dem so ist, so charakterisirt sich dadurch die ursprüngliche Absicht des Prätors bei Ertheilung der b. p. vollkommen, indem er gleich nach Festsetzung der Klassen zuerst vom Falle der b. p. sine re spricht. Denn er ging ja gerade darauf aus, daß trotz dieser transitorischen Fiction eines heres, dennoch der wahre Civilerbe auf Umwegen sollte zur Erbschaft gelangen können.

4) Ebenso gut wie der Bekl. dem Kläger Sponsion zu leisten hatte, so scheint auch dem Kläger gegen den Bekl. eine Cautionsstellung obgelegen zu haben. Mir ist dies aus einem Ciceronischen Briefe wahrscheinlich geworden.

Cicero schreibt an den Servius (ad div. XIII. 28.):

> Sed duo quidem te nominatim rogo: primum ut si quid satisdandum erit: amplius eo nomine non peti, cures, ut satisdetur fide mea. Deinde quum fere consistat hereditas in iis rebus, quas avertit Oppia, quae uxor Mindii fuit: adjuves ineasque rationem, quemadmodum ea mulier Romam perducatur. Quodsi putarit illa fore, ut opinio nostra est, negotium conficiemus. Hoc ut assequamur, te vehementer etiam atque etiam rogo.

Die beiden Bitten, welche hier Cicero an den Servius richtet, müssen wohl, wie das die ganze Wortfassung mit sich bringt, eine und dieselbe Sache betroffen haben. Cicero sagt selbst negotium conficiemus, also das Ganze muß doch ein und dasselbe Geschäft gewesen sein.

Wenn wir dies annehmen, so läßt sich folgender Fall construiren. Mindius ist gestorben, und seine Frau Oppia hat den größten Theil seiner Erbschaft, als pro herede Usucapientin in Besitz genommen. Diese Erbschaft soll jetzt von ihr abgefordert werden, und Servius sie bewegen, um dieses Processes willen nach Rom zu kommen (von wo aus Cicero schreibt). Vor Anstellung dieser her. pet. bedarf es aber der satisdatio: amplius eo nomine non peti; und aus den Worten läßt sich ungefähr ableiten, was der Sinn dieser zum Schutz des zu Belangenden bestellten Caution gewesen sei.

Die her. pet. geht auf Anerkennung des klägerischen

Erbrechtes und danach auf Herausgabe der Erbschaft. Aber der Bekl. will auch, wenn diese Restitution beschafft ist, liberirt sein, er will nicht (so weit er nicht durch offenbare Verschuldung verantwortlich wird) durch die Besitznahme der Güter positiv ärmer werden. Davor muß ihn der Kläger schützen, er muß dem Bekl. namentlich caviren, daß nicht etwa noch ein anderer Kläger später auftrete, der ein besseres Erbrecht beweist, und nun vom Bekl. die Erbschaft fordert, welche er unbefugterweise einem Dritten herausgegeben habe.

5) Aus der bisherigen Darstellung der b. p. sine re läßt sich nun noch ein Punkt erklären, der bisher vielfache Bedenken erregt hat. Wenn es richtig ist, was wohl nicht bezweifelt werden darf (s. oben Note 3.), daß der Prätor keine b. p. mehr ertheilte, sobald bereits eine früher agnoscirte durch Anstellung der her. pet. zur sine re geworden war, so kann es uns auch nicht Wunder nehmen, wenn wir finden, daß der Prätor sie ebenfalls nicht mehr gab, sobald es schon vollkommen feststand, daß sie zur sine re werde gemacht werden. In Folge des von uns aufgestellten Princips muß dies vielmehr als etwas sich von selbst Ergebendes erscheinen, indem es danach vorzüglich die Absicht des Prätors war, einestheils den heres sobald als möglich antreten zu lassen, und anderntheils nur, wo dieser zögerte, zu der Constituirung eines fictus heres zu schreiten. Wenn also der wahre heres sogleich die hereditatis aditio vornahm, so war ja eingetreten, was der Prätor erreichen wollte, und sollte es hier nicht ebenso ein unnützes Spiel mit Rechtsinstituten gewesen sein, wenn er nun doch noch dem folgenden ordo die b. p. gegeben hätte, wie dies anzunehmen ist, wenn einer frühern zur sine re gewordenen b. p. noch eine andere gefolgt wäre?

Man wolle mir hier nicht meine eigenen früheren Worte einwerfen (§. 19. im Anfang) daß der Prätor die civilrechtliche her. aditio für sein Institut nicht für genügend habe erkennen können, sondern daß er eine vor seiner (des Prätors) Person vorgenommene Erbschaftsantretung habe verlangen müssen. — Allerdings war dies als die Regel nothwendig hinzustellen, weil darin allein das Mittel lag, daß der Prätor es sicher erfuhr, der heres habe den entschiedenen Willen, sich

der Erbschaft anzunehmen [13]). Aber es ist eben die Frage, wenn auf andere Weise es dem Prätor sicher bekannt geworden war, der berufene heres habe sich bereits der Erschaft angenommen, ob er dann nicht von jener Formalität, daß der Erbe nochmals vor seiner Person die her. ad. vornähme, abgesehen habe? Es wäre allerdings möglich, daß er an der einmal verlangten Formalität streng festgehalten, aber soll man es nicht dem Geiste des Prätorischen Edicts für weit gemäßer halten, daß, wo bereits feststand, was der Prätor erreichen wollte, er nun auch nicht mehr an leeren Formen klebte? — So kann man auch nicht entgegnen, daß alsdann der Präter, wenn er wußte, es sei ein suus vorhanden, nie den folgenden Graden eine b. p. habe geben können, weil ja beim suus keine weitere Antretung nöthig sei. — Dieser suus konnte sich noch immer den Creditoren entziehen wollen, er konnte ein beneficium abstinendi erbitten, es lag also sein entschiedener Wille, sich der Erbschaft anzunehmen, noch nicht vor; und so konnte auch der bloße Umstand, daß ein suus vorhanden sei, den Prätor noch nicht verhindern, die b. p. weiter zu deferiren.

Dagegen wenn der suus sich immiscirt hatte [14]), und dieß dem Prätor bekannt war, so stand er nun dem extraneus heres, welcher angetreten hat, vollkommen gleich, und wenn in dem letzteren Fall der die Antretung wissende Prätor die weitere Ertheilung verweigerte, so muß er es auch in jenem ersteren gethan haben.

Es mag Manchem das hier Gesagte nicht einleuchten wollen, weil Alles dabei auf das Wissen oder Nichtwissen

---

13) Hierdurch läßt sich erklären, daß die b. p. auch durch Stellvertreter agnoscirt werden kann. Fr. 2. §. 7. de b. p. Der Prätor wollte nur sicher erfahren, daß der heres die her. aditio vorgenommen habe. Diese liegt aber schon in der Erklärung an den Stellvertreter, der sie dann also auch dem Prätor hinterbringen konnte. Und was so für den wahren heres galt, mußte natürlich auch für die gelten, welche heredes sein würden, wenn Jener nicht vorhanden wäre; mit andern Worten, die Agnition durch Stellvertreter mußte allgemeine Regel der b. p. werden.

14) Oder in dem fr. 12. pr. de interrog. in jure erwähnten Falle.

des Prätors gestellt ist, weil also nicht bloß von juristischen Regeln, sondern von factischen Verhältnissen und den zufälligen Erkundigungen des Prätors das Ertheilen oder Nichtertheilen der b. p. abhängig gemacht wird. Und doch ist man gewöhnt, die b. p. als ein Institut anzusehen, welches ganz abgesondert vom Civilrecht bestanden und darauf nur Rücksicht genommen habe, wenn der heres mit der her. pet. aufgetreten sei, als ein Institut, welches auch in sich selbst unter genaue juristische Regeln gebracht sei, so daß dabei eine dem Prätor von außen her gebrachte Kunde gar keine Wirkung habe äußern können, und wohl oft der Fall möglich gewesen sei, daß in Folge jener Regeln der Prätor etwas thun mußte, bei dem er schon vorher einsah, er thue etwas Unnützes.

Allein man möge wohl prüfen, ob dieser von der heutigen Stellung unserer Richter entlehnten Anschauung [15]) in der Römischen Welt ein Platz anzuweisen sei. Der Prätor verfährt bei den Ertheilungen der b. p. nicht innerhalb der Schranken eines Processes, er will die Erbschaftsangelegenheiten so bald und so passend als möglich in Ordnung bringen, und er denkt sich dabei keineswegs als außer dem Gebiet des Civilrechts stehend. Nur wo in Einzelnem es ihm nicht genügend scheint, geht er wohl davon ab, aber im Ganzen versteht es sich von selbst, daß er sich, wo kein Grund zur Abweichung vorliegt, demselben durchaus unterzuordnen hat, da es einmal das positive Recht im Staate ist.

Soll sich nun der Prätor durch selbstgeschaffene Regeln so den Weg verbaut haben, daß, was nach Civilrecht bereits in Wirksamkeit getreten war, und was er selbst gerade befördern wollte, er dafür nur noch weitere unnütze Formalitäten fordern mußte, daß er — da doch von einem Proceß und processualischen Beweisregeln hier nicht die Rede ist — dennoch sich nach bestimmten formellen Regeln zu richten hätte, und seine Kenntniß von der Lage der Erbschaftsangelegenheit nicht zu deren baldigen Feststellung benutzen durfte?

Es wird schon aus unserer obigen Entwicklung der b. p.

---

15) „Quod non est in actis, id nec est in mundo."

secundum tabulas eingeleuchtet haben, daß für die Ertheilung und das Hinwegfallen derselben die beim Prätor vorhandene Kenntniß von Vernichtungsgründen des Testaments von entscheidender Wichtigkeit war. Hier haben wir einen ähnlichen Fall vor uns, der freilich durch jene Gestalt der secundum tab. b. p. noch nicht bewiesen wird, weil er damit überhaupt nicht zusammenhängt, dem aber doch, durch Anführung eines ähnlichen Falles, die dagegen herrschenden Vorurtheile vorweggeräumt werden können. —

Nun erst soll die Stelle angeführt werden, um derentwillen Alles Bisherige vorausgeschickt ist:

> Fr. 2. si tab. test. nullae. (38. 6.) — Emancipatus praeteritus, si contra tabulas bonorum possessionem non acceperit, et scripti heredes adierint hereditatem, sua culpa amittit paternam hereditatem; nam quamvis secundum tabulas bon. poss. petita non fuit, non tamen Praetor eum tuetur, ut bon. possessionem accipiat unde liberi. Nam et patronum praeteritum, si non petat contra tabulas b. possessionem, ex illa parte edicti, unde legitimi vocantur, non solet tueri Praetor adversus scriptos heredes.

Hugo bemerkt zu dieser Stelle[16]), daß es doch nicht wahrscheinlich sei, der Prätor habe die b. p. verweigert, wo sie wegen der hereditas offenbar nichts half. Aber diese vorausgesetzte Unwahrscheinlichkeit glaube ich im Bisherigen wankend gemacht zu haben; und was nun die Worte selbst betrifft, so gebe ich gern zu, daß sie nicht nothwendig meine Vermuthung bestätigen, wenn man nämlich „ut“ in dem Sinne von utut nimmt; indeß räumt doch auch wieder Hugo ein, daß Julian allerdings „etwas Besonderes“ damit gemeint haben könne.

Wenn wir nun aber nicht mehr gegen eine Unwahrscheinlichkeit zu kämpfen haben, und im Gegentheil vielleicht Gründe der Wahrscheinlichkeit für unsere Vermuthung anzuführen ver-

---

16) R. G. S. 606. Note 2.

mogten, so ist es dann doch das Natürlichste, daß wir das Wörtchen ut in seiner gewöhnlichen Bedeutung nehmen. Damit enthielte denn unsere Stelle die vollkommene Bestätigung unserer Ansicht, daß der Prätor, wenn die voraufgehende Civilerbklasse auch nur die hereditatis aditio vorgenommen hat, und, versteht sich, dem Prätor dieses Faktum sicher bekannt ist, er nicht weiter noch der folgenden Klasse eine b. p. ertheilt, weil sie doch jedenfalls sine re werden würde.

Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß ich nun nicht Stellen, wie Gai. III. 36., als Gegenbeweis gelten lassen kann, wo von einer gar nicht, oder nicht sicher zur Kenntniß der Prätors gelangten hereditatis aditio die Rede ist, welche denn natürlich die weitere Ertheilung der b. p. nicht zu hindern vermag. —

2) Definitive Fiction.

§. 38. Wenn wir die b. p. sine re voranstellen mußten, weil gerade sie sich zuerst aus dem Einführungsprincipe der b. p. ergiebt, so liegt doch darin ein anderer ihr entgegengesetzter Fall, der, wenn auch der Prätor nicht direkt darauf ausging, doch einen seinem Willen durchaus entsprechenden Nebenpunkt enthält.

Wir können uns nämlich denken, daß außer dem b. possessor allerdings noch ein in früherer Klasse vom Civilrecht Berufener vorhanden ist, dieser aber aus verschiedenen Gründen die hereditatis aditio gar nicht vornimmt, so daß also auch nicht durch Anstellung einer her. pet. die b. p. zur sine re werden kann [1]). Da hier der Einzige, welcher das Recht des b. possessor vernichten könnte, wegfällt, so muß nothwendig ein

1) Offenbar steht dem der andere Fall gleich, wenn der vom Civilrecht Berufene auf gleicher Stufe mit dem b. possessor steht, denn dann könnte er immer, wenn er anträte, Jenem wenigstens zu seiner Quote die Erbschaft abfordern. Man wird es nicht mißverstehen, wenn ich der Kürze halber nur von jenem im Texte angegebenen Falle sprach.

ähnliches Verhältniß entstehen, als wenn der b. possessor selbst zugleich der wahre heres, also überhaupt nie Jemand vorhanden gewesen ist, der die her. pet. mit Erfolg gegen ihn anwenden kann.

Beide Fälle bezeichnen daher die Römer durch denselben technischen Ausdruck. Es heißt die b. p. sei cum re, also sie gewähre ein wahres dauerndes Recht am Vermögen[2]). Wenn der b. possessor zugleich heres ist, so steht ihm dies dauernde Recht offenbar nicht deßhalb zu, weil er bonorum possessor, sondern weil er heres ist; und wir können überhaupt diesen Fall für die Folge, nach dem im §. 35 Gesagten, ganz außer Acht lassen. Nur einen Schluß haben wir hier noch daraus zu ziehen: Da ihm dies dauernde Recht nur in Folge seines Civilrechtes zusteht, so ergiebt sich von selbst daraus, daß überhaupt die Verleihung eines solchen dauernden Rechtes nicht im Begriff der b. p. liegen kann; ein

---

2) Daß res hier soviel heißt als Vermögen, unterliegt keinem Zweifel. S. Hugo R. G. S. 610. Note 3., und danach liegt es schon im Worte, daß damit alle Fälle bezeichnet sein müssen, wo der b. possessor dauernd das Vermögen erhält, also nicht bloß wenn der b. possessor selbst heres ist, sondern auch wenn der vor ihm vom Civilrecht Berufene ohne anzutreten hinwegfällt. (Wenn Hugo a. a. O. diesen letzteren Fall nicht erwähnt, so geschieht es wohl nur, weil er als sich von selbst verstehend angenommen wird). Gerade weil alle beide Fälle darunter gehören, finden wir in unseren Quellen eine so weite Definition der b. p. cum re. — Gai. II, 148. 149. „si modo „possunt hereditatem obtinere (behalten), habebunt b. „possessionem cum re." — „si vero nemo sit alius jure civili „heres, ipsi retinere hereditatem possunt." — Ulp. XXIII. 6. „quam b. p. cum re, id est cum effectu, habet, „si nemo alius jure heres sit." — XXVIII. 13. „cum re, quum „is, qui accepit, cum effectu bona retineat."

Bei dieser Wortfassung brauchte Ulpian wohl nicht zu fürchten, daß unter dem Ausdrucke cum effectu (welchen ihm Hugo vorzuwerfen scheint) nicht auch die b. p. sine re mit verstanden werden könnte, welche, wie wir gezeigt haben, als völlig gültig ertheilt angesehen wird, namentlich auch das Int. quor. bon. gewährt, aber dann durch die her. pet. wieder vernichtet wird, so daß, wie Gaius im Gegensatz des obtinere hereditatem (des dauernden Behaltens) sagt,: avocatur ab iis hereditas.

Schluß, der ebenso auch aus der vorher dargestellten b. p. sine re folgt, welche doch auch eine wahre b. p. ist, ohne eine dauernde Uebertragung der Erbschaft zu enthalten.

Sehen wir nun genauer auf die Erörterung des anderen Falles der b. p. cum re ein, wo der b. possessor nicht zugleich heres ist, wo aber der vom Civilrecht Berufene durch Tod, Verzicht oder Verlust der testamentifactio vor der Erbantretung hinweggefallen ist, ohne daß ein Anderer vom Civilrecht an dessen Stelle berufen wurde. Da hier Niemand mehr vorhanden ist, der dem b. possessor die Erbschaft abfordern kann, so bleibt er also der fingirte Herr derselben, aber diese Fiction ist nicht mehr eine interimistische, sie ist eine definitive geworden. So kommt es, daß demselben das natürliche Eigenthum, welches bei den Römern neben dem ex jure Quiritium aufkam, an den Erbschaftssachen zugestanden wurde, wie uns das Gaius ausdrücklich angiebt: (III, 80.)

> Neque (tamen) bonorum possessorum neque bonorum emtorum eae res) 3) pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex jure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usucapiuntur 4).

Es ist wichtig, dieser Verknüpfung des in bonis mit der bonorum possessio noch genauer nachzugehen. Freilich wird dadurch ein wenn auch nur kurzer Ueberblick über die ganze Lehre vom getheilten Eigenthum nothwendig, was an und für sich außer den Gränzen dieses Werkes liegt. Aber indem nur dadurch der Zusammenhang der b. p. mit anderen Rechtsinstituten klar gemacht werden kann, so ist er doch etwas für das völlige Verständniß unseres Instituts durchaus Unentbehrliches. Es wird mir auch hier nicht verargt werden können, daß ich

---

3) Nach Huschke's Restitution.

4) Gaius kann nur an den Fall gedacht haben, von dem wir hier gerade sprechen. Denn bei der b. p. sine re ist auch nicht einmal ein in bonis vorhanden, und bei jenem ersten Fall der b. p. cum re wird die Erbschaft gleich ex jure Quiritium erworben. Es bleibt also nur dieser zweite Fall der b. p. cum re, wo der b. possessor nicht heres und doch nicht mit der her. pet. zu belangen ist, übrig.

bei dem, was ich zu Anknüpfungspunkten gebrauchen muß, nur so kurz wie möglich das mir richtig Scheinende darstelle, und mich auf eine Widerlegung der entgegenstehenden Ansichten weniger einlassen werde. Die Sache muß für sich selbst sprechen, und ich glaube allerdings, daß dabei noch neue Punkte hervorzuheben waren, welche für die Erkenntniß des Ganzen nothwendig sind.

§. 39. I. Es hat bei den Römern eine Zeit gegeben, wo es nur ein einziges Eigenthum gab [1]). Diese Zeit muß für uns die erste Periode sein, aus der dann erst in einer zweiten die Entstehung des getheilten Eigenthums abgeleitet werden kann.

Die Frage, in welchen Fällen dies einzige dominium ex jure Quiritium vorhanden gewesen sei, fällt mit der über die Eigenthumserwerbarten zusammen. Wir wollen dieselbe unter eine Eintheilung bringen, von der es nachher gerechtfertigt werden wird, daß sie auch schon nach der Ansicht der Römer wesentlich verschiedene Gesichtspunkte für die einzelnen Eigenthumserwerbarten dargeboten habe.

A. Es giebt gewisse Fälle, in denen das Eigenthum an Sachen erworben wird, welche nicht vorher Eigenthum eines Anderen waren, so daß nicht der Erwerb von der einen, den Eigenthumsverlust von der anderen Seite mit sich führt. Man nennt sie die originären Erwerbarten, und es leiten die Römer dieselben aus der naturalis ratio ab, da die Sachen, welche noch keinem Römischen civis gehört haben, also eigentlich noch außer dem Rechtsgebiet liegen, unmöglich mit civilrechtlichen Formalitäten, sondern nur durch solche Handlungen ins Eigenthum gebracht werden können, in denen die

1) Gai. II. 40. Sequitur ut admoneamus apud peregrinos unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intellegatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur, aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus, sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

natürliche Anschauungsweise einen Eigenthumserwerb findet, Handlungen also, die auch bei anderen Völkern ebensogut wie bei den Römern vorkommen können, und mithin ins jus gentium gehören. Indessen wird sich bei allen diesen Fällen nachweisen lassen, daß sie von Anfang an ein dominium ex jure Quiritium erzeugt haben, was offenbar noch keinen Gegengrund darin findet, daß sie Theil des jus gentium sind [2]).

Sie sollen hier in der Art und Ordnung angegeben werden, wie sie Gaius II. §. 66—80. vorträgt:

1) Die occupatio, d. h. die Besitzergreifung einer Sache, welche bisher noch gar keinen Eigenthümer (also omnia, quae terra, mari, coelo capiuntur) oder doch einen vom Römischen Staat nicht anerkannten Herrn hatte, (occupatio bellica). — Anderes erwähnt Gaius bei der occupatio nicht, und es wird sich in der That unten zeigen, daß die übrigen Punkte, welche wir zu derselben zählen, von den Römern ursprünglich unter ganz anderen Gesichtspunkten aufgefaßt sind, wodurch denn auch die ganze Lehre von dem in bonis ein neues Licht gewinnt.

Fangen wir mit der occupatio bellica an, so werden wir von Gaius [3]) darauf hingewiesen, daß man sie für die sicherste Erwerbart des justum dominium gehalten habe; und dies justum dominium kann doch nach Analogie von justum matrimonium nur das dominium ex jure Quiritium sein. Die Bemerkung, daß diese Gajische Aeußerung nur eine

---

2) Fr. 6. de just. et jure. Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit. — Also dies können ja gerade Theile des jus gentium sein, welche das Civilrecht von Anfang anerkannte. — Und ferner beweist nun auch der Grund, daß die traditio ebenso wie die originären Erwerbarten aus der naturalis ratio hervorgehe (Gai. II. 66.), noch keineswegs, daß deßhalb sie auch in gleicherweise dominium ex jure Quir. begründe. Vielmehr werden sich unten dafür ganz andere Gesichtspunkte ergeben.

3) IV. 16 — festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii; maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus judiciis hasta proponitur.

den Römischen Kriegsruhm erhebende Phrase sei [4]), wird wohl wenige Anhänger finden. Sollten etwa die Centumvirn, welche sich „den Speer als Zeichen des rechten Eigenthums“ erwählten [5]), denen gerade die Processe über das dominium ex jure Quiritium Hauptttheil ihrer Competenz waren, sollten sie sich ein Sinnbild von einem bloß natürlichen Eigenthum hergenommen haben, welches zu der Zeit, als die Centumvirn eingeführt wurden, noch gar nicht bestand?

Und was nun den Hauptgrund betrifft, der immer wieder zur Vertheidigung der Ansicht, es habe die occupatio kein justum dominium gewährt, angeführt wird, so ist es der, daß die Beute stets habe abgeliefert werden müssen, also sei das wahre Eigenthum erst durch die Vertheilung oder den öffentlichen Verkauf entstanden. Dieser aber scheint mir wenig haltbar. — Wenn nicht die Gewinnung durch die Waffen, sondern die Vertheilung das rechte Eigenthum gewährte, wie konnte denn von den Centumvirn die Waffe als Zeichen dieses rechten Eigenthums aufgestellt werden? — Und ferner soll der Einzelne, der, wie es so oft vorkommt, in den Zweikampf auszieht und den Feind besiegt, soll er an der heimgebrachten Beute, abgesehen von dem den Göttern zu Weihenden, erst durch Adjudication des Staats Eigenthum erhalten haben? — Jener Satz der Vertheilung und des öffentlichen Verkaufs kann sich nur auf die gemeinsame, durch eine Schlacht gewonnene Beute eines Heeres, und auf die Eroberungen eines ganzen Feldzuges beziehen; für jenen Fall des Zweikampfs, der doch wahre bellica occupatio enthält, scheint er mir gar keinen Sinn zu haben. Daß aber die gemeinsame Beute eines Heeres in einer Schlacht oder einem ganzen Feldzuge noch besonderen Regeln unterworfen war, läßt sich leicht erklären. Einestheils nämlich fallen gewisse Theile der Beute immer dem Staate zu, und dahin gehören namentlich der Grund und Boden, der erst vom Staate zu ager publicus oder privatus vertheilt werden muß, und die gefangenen Men-

4) Puchta Institutionen II. 593.
5) Puchta a. a. O. S. 25.

schen, denn nicht dadurch, daß ein Mensch den Andern in seine factische Gewalt bekommt, wird nach altem Kriegsrechte Letzterer zum Sklaven, sondern erst dadurch, daß der Staat das Glied des fremden Staates nicht bei sich dulden zu wollen erklärt, also erst durch die **sub corona venditio.** Und auch von der übrigen Beute scheint dem Staat noch ein gewisser Theil zugefallen zu sein. — In Beziehung auf Alles Uebrige aber, was dem Staate nicht gehört, lag doch die Betrachtung sehr nahe, daß nicht bloß der Einzelne, der es erbeutete, daran ein Recht habe, daß andere Soldaten vielleicht viel mehr geleistet hatten, indem sie nicht mit Plündern die Zeit hinbrachten, und daß überhaupt sehr Vieles von gar keinem Einzelnen erbeutet, sondern nachher von dem Schlachtfelde aufgelesen wird.

Mußte diese Betrachtung nicht dahin führen, daß man das ganze Heer als den Gesammteigenthümer der Beute anzusehen habe, an welcher jedem Soldaten gleiches Recht zusteht? So gewinnt also die Vertheilung des Feldherrn den Charakter gleichsam eines **judicium communi dividundo** [6]) und man kann sie mithin nicht als die erste Verleihung des Eigenthums, sondern nur als die Sonderung des bisher **pro indiviso** vorhandenen **justum dominium** ansehen. —

Noch ein anderer Grund scheint mir für die hier vertheidigte Ansicht von entschiedener Wichtigkeit.

Das ganze Recht der **occupatio** ist, so wie das ihr entgegengesetzte **postliminium**, ein Ausfluß des allgemeinen Staatenrechts [7]) der alten Zeit. Es ist **jus commune**, wie es **fr. 6. pr. de just. et jure** nennt, und so erklärt sich, daß die Römer hier die Rechtsätze, die sie für sich gelten lassen, ebenso auch anderen Staaten zuerkennen [8]). Die Sache des Feindes

---

6) Der vertheilende Feldherr war gleichsam der **arbiter. Liv. V. 22.** „rem arbitrii sui." —

7) Dieser Ausdruck scheint mir passender, als der gewöhnliche: Völkerrecht.

8) **Festus v. postliminium. — Quae genera rerum ab hostibus ad nos postlimini(um)o redeunt, eadem genera rerum a nobis ad hostes redire possunt.**

erfreut sich ebensogut des postliminium, wie die des Römers. Nun aber wird doch Niemand zweifeln, daß sobald die Sache des Römers in des Feindes Gewalt kommt, Jener seines quiritischen Eigenthums verlustig geht. Wenn aber die occupatio nur ein in bonis gewährte, weßhalb sollte man denn nicht ein Fortbestehen des quiritischen Eigenthums angenommen haben, da doch beide nach der Römischen Theorie nebeneinander bestehen können? — Ebensogut wie man aber gleich völligen Verlust, muß man auch gleich völligen Erwerb des dom. ex j. Q. bei der Erbeutung angenommen haben.

Und sehen wir einmal ab von der occupatio bellica, soll denn auch bei dem Fangen eines Hirsches, eines Vogels, eines Fisches eine Vertheilung von Seiten des Staates angenommen werden? Oder sollen wir sagen, daß diese Verhältnisse, welche von Anbeginn des Römischen Rechtes vorkommen mußten, in der Zeit, wo es noch kein in bonis gab, gar kein Eigenthum an der gefangenen Sache gegeben hätten?

Ehr man nicht diese Frage genügend beantwortet hat, wird man auch nie bewiesen haben, daß die occupatio nur ein in bonis gewährt habe.

So werden wir also wohl annehmen dürfen, daß, wenn die Römischen Juristen von dem was terra, mari, coelo capitur und von der Beute sagen: nostrum est, oder nostrum fit, sie Veranlassung genug gehabt hätten, zu bemerken, es sei nur das in bonis, wenn es dies wirklich gewesen wäre, — und daß, da sie dies nicht thun, wir nur an das Eigenthum zu denken haben, auf welches allein die Intentio: meum est, anwendbar war, bei der ja auch Gaius den Zusatz: ex jure Quiritium als sich von selbst verstehend, wegläßt [9]).

---

9) IV. 92. sagt er: Petitoria formula haec est, qua actor intendit rem suam esse, — während er vorher im §. 45. das: ex jure Quiritium hinzusetzt. — Bei der traditio einer res mancipi hütet sich Gaius sehr wohl, zu sagen: naturali ratione nostrum fit. Wenn auch die Römer zu Gaius Zeit dem in bonis die Natur des Eigenthums beilegten, so, glaube ich, wird doch nie bewiesen werden können, daß sie darauf unbedingt den Ausdruck nostrum est oder meum est anwandten. Aus dem rein formellen, aber auch völ-

2) Die accessio. Alles was als res accessoria zu einer anderen Sache hinzutritt, gehört naturali ratione dem Herrn der Hauptsache, sie muß also auch in das dominium ex jure Quiritium treten, welches an der Hauptsache besteht. Entweder war die Nebensache vorher noch gar nicht vorhanden (wie die insula in flumine nata), oder sie ist wenigstens durch die Verbindung selbst ein ganz anderes Object geworden, so daß die Sache, welche früher als selbständige bestand, juristisch als gänzlich oder interimistisch untergegangen angesehen wird. Mithin enthält die accessio stets einen originären Erwerbsact.

Es wird nun freilich allgemein zugegeben, daß diese accessio civiles Eigenthum gewährt habe, weil es eine dem Civilrecht und dem jus gentium gemeinsame Erwerbart sei [10]). Aber es ist die Frage, ob darin nicht auch zugleich das Zugeständniß liegt, daß man die occupatio ganz ebenso als Theil des jus civile und gentium anzusehen habe? Denn wenn Gai. II. 69. sagt:

> Ea quoque quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt,

und dann gleich fortfährt:

> Sed et id quod per alluvionem nobis adjicitur, eodem jure nostrum fit;

so scheint es doch den Worten Gewalt angethan, wenn hier noch eine Verschiedenheit des Eigenthumerwerbes angenommen werden sollte [11]).

Der Grund, den man hiergegen angeführt hat, scheint mir nicht haltbar [12]). Da die Sache durch die Accession Theil der

---

lig genügenden Grunde, weil die petitoria formula gerade diese Intentio hatte, und diese doch, wie wir sehen werden, für das in bonis nicht zulässig war. Wie leicht hätten aus einer solchen Terminologie Mißverständnisse hervorgehen können!

10) Fr. 2. de superfic. — aedium proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum.

11) Nach dem in Note 9 Gesagten kann nicht eingewandt werden, daß Gaius auch die Tradition mit der Occupation zusammenstelle.

12) Puchta a. a. O S. 590.

Hauptsache werde, so beziehe sich beim Eigenthumsprocesse der Beweis gar nicht auf die Erwerbung der Accession, sondern der Hauptsache, deren Schicksale jene theile. — Allerdings ist der Hauptbeweis bei der Vindication auf das civile Eigenthum an der Hauptsache gerichtet, aber wenn man daneben noch Accessionen fordert, so muß doch ein civilrechtlicher Grund vorhanden sein, aus welchem sie zu Accessionen werden. Es bleibt dies immer noch ein selbständig zu denkender Nebenpunkt, indem, wenn das Civilrecht diesen Accessionsgrund nicht kennte, natürlich auch die Vindication der Hauptsache nicht darauf gehen könnte. Sollen nun aber die **acquisitiones juris naturalis** nur ein **in bonis** gewähren (was man ja für die **occupatio** festhält), so müssen doch auch jene Accessionen nur **in bonis** gewesen sein, und wenn sie auch, seit dem Bestehen des **dominium in bonis** mit der civilen Hauptklage gefordert werden konnten, so muß doch, als es noch kein **in bonis** gab, es auch jene Accessionsfälle noch nicht gegeben haben. — Wegen dieses Schlusses sagt denn Puchta, sie seien von Anfang an auch **jure civili** anerkannt gewesen, aber dann bleibt immer noch zu erklären, weßhalb nicht ebensogut die **occupatio** von Anfang an dem **jus civile** bekannt gewesen sein soll?

Außerdem paßt jener Grund nicht auf alle Fälle der Accessionen. Denn sollte nicht eine **insula in flumine nata** ganz selbständig vindicirt werden können, wobei denn doch der Beweis lediglich auf den Accessionserwerb zu richten ist?

3) Die **specificatio** reiht Gaius gleich der **accessio** an, als Etwas das auch aus der **naturalis ratio** hervorgehe; und daß hier nach der Theorie der Proculianer, welche allein eine Specification annahmen, wahrhaft quiritisches Eigenthum erworben werde, wird wohl nicht bezweifelt werden [13]). Dieser Punkt aber, welcher bei der Theorie über das

13) Gai. II. 79. — **quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cujus materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, alii vero ejus rem esse putant, qui fecerit.**

in bonis meist vergessen wird, ist wegen der daraus zu ziehenden Consequenzen sehr bedeutend.

Die Proculianer konnten doch nämlich diese neue Erwerbart nur so rechtfertigen, daß durch die Specification eine ganz neue, vorher noch nicht vorhandene Sache entstanden sei, welche nun also auch der Specificant als eine herrenlose occupire[14]). Danach ist die Specification eine völlig originäre Erwerbart, aber wenn sie quiritisches Eigenthum gewährt hat, so muß dasselbe nothwendig auch durch Occupation entstanden sein.

§. 40. Nach dieser Erörterung der originären Erwerbarten, müssen wir

B. die derivativen in Beziehung auf diese erste Periode des allein bestehenden quiritischen Eigenthums, weiter in Betracht ziehen.

Es leuchtet ein, daß diese Klasse, in der also alle Uebergänge des Eigenthums von einem Römischen Bürger auf den anderen zusammengefaßt werden, von selbst den Principien unterworfen werden mußte, welche im Allgemeinen das ältere Römische Civilrecht beherrschen. Hieher gehört vorzüglich das Streben nach einer gewissen Förmlichkeit und Oeffentlichkeit der Rechtsgeschäfte, wie ja dies überhaupt den Völkern in ihrer Kindheit eigen ist.

Wenn Hugo [1]) dies bereits hervorhebt, so geschieht das gewiß mit vollem Recht, nur mögte eine ganz unbeschränkte Anwendung auf alle Fälle des Eigenthumserwerbes nicht zu rechtfertigen sein. Daß bei dem Verkehr der Römer unter sich eine gewisse Oeffentlichkeit Vorschrift gewesen sei, scheint mir mit der ganzen übrigen Geschichte so sehr zusammenzupassen, daß dagegen wohl kaum noch Zweifel möglich sind. Indeß wo nicht von dem Uebergange eines Eigenthums in eine andere Hand (also von einer derivativen Erwerbart) die Rede ist, fallen diese Gründe hinweg. Das Eigenthum, wel-

---

14) Gaius a. a. O. erwähnt dies Princip deutlich genug: „quia exstinctae res, licet vindicari non possint, etc.

1) R. G. S. 210.

ches ein Römer nicht dadurch erwirbt, daß ein Anderer das Seinige aufgiebt, entsteht hier also an einer Sache quae nullius fuit, die bisher oder wenigstens einstweilen außer dem Römischen Rechtsgebiet liegt. Was kann es hier die übrigen Römer interessiren, den Eigenthumserwerb ihres Mitbürgers zu überwachen, oder mit andern Worten, wie kann man hier eine Oeffentlichkeit des Erwerbs vorgeschrieben haben? Die originären Acquisitionen beruhen, wie Puchta bei der accessio sehr richtig bemerkt, auf einer inneren Nothwendigkeit, auf der naturalis ratio, und weil derselben ein besonderes civilrechtliches Princip nicht entgegensteht, so muß sie auch vom Civilrecht anerkannt sein, mithin müssen die originären Erwerbarten civiles Eigenthum gewährt haben, während bei den derivativen die natürliche Anschauungsweise den Römern nicht genügt, und sie also die traditio, weil sie keine öffentliche Uebertragungsart ist, nicht als civilen Eigenthumsübergang ansehen können.

Indem hier auf den Unterschied zwischen originären und derivativen Erwerbarten ein so entschiedenes Gewicht gelegt ist, kann diese Ansicht historischen Halt nur durch die Nachweisung erlangen, daß auch die Römer diese Unterscheidung mit völlig klarem Bewußtsein gemacht haben. Und dies läßt sich in der That wohl mit ziemlicher Gewißheit thun, obgleich freilich unsere Quellen hier nicht die reichsten sind, und wir bedenken müssen, daß sie aus einer Zeit stammen, worin die Reinheit des älteren Princips schon mehrfach verwischt worden war.

Aus Ciceros Stelle (de Harusp. resp. 7.) ist für uns am Wenigsten zu entnehmen, da er von seinem Hause spricht, also jedenfalls von einer Sache, auf die sich keine originäre Erwerbart beziehen konnte, und hier beispielsweise einige Fälle erwähnt, wie man jure optimo Häuser erwerben könne [2]. —

2) Multae sunt domus in hac urbe, atque haud scio, an paene cunctae jure optimo; sed tamen jure privato, jure hereditario, jure auctoritatis, jure mancipi, jure nexi. S. Hugo R. G. S. 211. Note 2.

Wichtiger ist schon ein Passus des Varro [3]), eines Nichtjuristen, der die Frage behandelt, wie ein servus ins dom. legitimum gelangt, und nun allgemein die Fälle aufführt, wie dasselbe in emptionibus entstehe. Gerade weil er kein Jurist war, liegt die Annahme sehr nahe, daß er hier den besonders hervortretenden Fall des Kaufes in allgemeinerem Sinn nimmt, wo die Juristen, denen er dies entlehnte, überhaupt von alienationes, also von derivativen Erwerbarten, sprachen. — Die Art ferner wie Ulpian die Sache vorträgt, könnte am Ersten gegen uns zu sprechen scheinen. Er führt sechs Fälle des Eigenthumserwerbes auf [4]), und da er hier offenbar vom civilen Eigenthum spricht, so könnte man glauben, daß Alles, was er nicht erwähnt, nur Gründe des naturalen Eigenthums seien, welche sich auch unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der naturalen Erwerbarten zusammenfassen ließen. — Allein dies geht einestheils nicht, weil unter den angeführten Fällen ja auch die traditio, eine naturale Erwerbart, so weit sie vom Civilrecht recipirt ist, aufgeführt wird. Ulpian kann also nicht die rein civilrechtlichen Erwerbsgründe den naturalen entgegensetzen wollen. Und anderntheils wissen wir ja wenigstens von der Accessio bestimmt, daß sie auch vom Civilrecht anerkannt war (§. 39. Note 8.). Also kann auch Ulpian durch diese Zusammenstellung nicht haben andeuten wollen, daß alle übrigen Fälle nur natürliches Eigenthum erzeugten. — Dagegen lassen sich die angeführten Fälle insgesammt als derivative Erwerbarten, aus denen civiles Eigenthum hervorgeht, charakterisiren [5]) und so ist denn wohl der Schluß ge-

3) De R. R. II. 10. 4. — In emptionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem justam adiit, si ut debuit mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit, aut si in jure cessit cui potuit cedere et id ubi oportuit, aut si usucepit, aut si e praeda sub corona emit, tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit. Hugo a. a. O. Note 1.

4) XIX. 2. — Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.

5) So gebraucht denn auch Ulpian öfter dabei den Ausdruck alienationes.

rechtfertigt, daß er sich als Gegensatz davon die originären, ebenfalls civiles Eigenthum erzeugenden, Acquisitionen gedacht habe. — Weßhalb er diese nicht auch anführt, ist freilich nicht sicher zu ermitteln. Am wahrscheinlichsten ist wohl, (was Hugo [6]) bereits bemerkt hat) daß sie nur in unserer Handschrift fehlen. —

Am deutlichsten läßt sich die Unterscheidung der derivativen von den originären bei Gaius erkennen. Er scheidet genau die „alienationes“ von den übrigen, den originären Erwerbarten, welche er auch äußerlich zusammengeordnet vorträgt. Nachdem er die alienationes abgehandelt hat, zieht er (II. 65) nochmals das daraus folgende Resultat, woraus hervorgeht, daß hiermit eine Klasse der Erwerbarten beendigt sei und nunmehr eine andere folge. Er sagt:

> Ergo ex his quae diximus apparet, quaedam naturali jure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur; quaedam civili, nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium Romanorum.

Kann man sich bei diesen Worten wohl des Gedankens erwehren, daß Gaius hier implicite hat ausdrücken wollen: eigentlich ständen die alienationes unter einem den Römern eigenthümlichen Princip, wovon die einzige Ausnahme die traditio sei?

Jedenfalls kann Gaius, das geht aus dieser Stelle hervor, die Eigenthumserwerbarten nicht nach den beiden Klassen der civilen und natürlichen Erwerbarten abhandeln wollen, denn die Klasse, welche er hier beendet hat, umfaßt bereits von beiden Arten; und der gemeinsame Charakter aller dieser Fälle ist eben, wie er genügend hervorhebt, der der alienatio also der derivativen Erwerbarten. Darin liegt, daß die nun in einer zweiten Klasse zusammengestellten acquisitiones keine alienationes, oder mit anderen Worten originäre sind. Daß Gaius dies nicht noch positiv hervorhebt, erklärt sich einfach dadurch, daß die Römer kein techni-

6) R. G. S. 201. Z. 28.

sches Kunstwort für die originären Erwerbarten hatten. Sie konnten sie also nur negativ ausscheiden, aber dies hat denn doch Gaius so deutlich gethan, als man nur verlangen kann. — Darf es uns nun aber wundern, daß indem Gaius diese neue Klasse im §. 66. beginnt, er sie an die traditio anknüpft, als gemeinsam unter dem Gesichtspunkte der naturalis ratio stehend. Er mußte dies doch jedenfalls bei den originären Erwerbarten hervorheben, und also ergab sich keine natürlichere Verbindung mit dem Vorhergehenden. — Aber daraus zu entnehmen, daß nun auch diese originären Erwerbarten nur die Wirkung haben, welche aus der traditio einer res mancipi hervorging, das ist ein Schluß, zu dem, so viel ich einsehen kann, uns die Worte nicht die geringste Veranlassung geben. Im Gegentheil scheint Gaius gerade das Umgekehrte anzudeuten. Er sagt:

> Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando . . . .

Aus der Vergleichung der Worte des §. 41. wo Gaius von der traditio einer res mancipi spricht, sieht man, daß Gaius hier mit dem Ausdruck quae traditione nostra fiunt, eben nicht die res mancipi, sondern nur die res nec mancipi meinen kann (s. §. 39. Note 7.), und damit ist denn aller Schein, als wenn die occupatio und die übrigen Fälle nur ein in bonis gewährten, gehoben.

Fassen wir nun die einzelnen derivativen Erwerbarten noch etwas genauer ins Auge. Wir theilen sie nach Gaius Vorgange in zwei Arten:

a) Alienationes juris civilis.

Wir müssen für die ältesten Zeiten gewiß den Satz festhalten, und zwar ganz unbeschränkt anerkennen, daß die Veräußerungen unter Römischen Bürgern mit einer gewissen Oeffentlichkeit vorzunehmen waren. Und zwar war die Vorschrift, sie sollten gerichtlich, als ein fingirter Eigenthums-

streit geschehen (in jure cessio); was wir ganz allgemein auch von den beweglichen Sachen zu verstehen haben [7]. Wem es unwahrscheinlich vorkommt, daß auch um der geringsten Veräußerungsgeschäfte die Obrigkeit habe angegangen werden müssen, der denke einestheils an den geringen Verkehr im alten Rom, und anderntheils an die Verhältnisse unserer Bauern, welche an vielen Orten alle ihre Contracte gerichtlich abschließen sollen. Hier werden freilich sehr viele auch ohne das geschlossen, und treten, da die Parteien damit zufrieden sind, in völlige Geltung. Nur wenn Streit zwischen ihnen entsteht, und sie also die Sache vor den Richter bringen müssen, so kann dieser allerdings den Contract nicht anerkennen. Wie Vieles geschieht nicht im Leben, bei dem man gleich voraussieht, daß wenn der Andere seine Verpflichtungen nicht gutwillig erfüllt, bei dem Richter dafür keine Hülfe zu suchen ist. Aber meist tritt doch auch gutwillige Erfüllung ein, und darauf wagt man's eben, um größeren Weitläuftigkeiten zu entgehen. So mag es auch schon im alten Rom vorgekommen sein.

Wohl erst seit der Servianischen Verfassung kam eine bequemere [8]), vielleicht auch aus dem Plebejischen Interesse zu erklärende Veräußerungsform für mehre besonders hervortretende Sachen in der mancipatio auf, welche aber ebenfalls den Charakter der Oeffentlichkeit hat. Hiernach bestand jetzt für die res mancipi eine doppelte, elective Veräußerungsart, für die res nec mancipi (also alle übrigen körperlichen und unkörperlichen Sachen, die einer Veräußerung fähig sind) blieb die in jure cessio unverändert die alleinige Erwerbart.

b) Alienationes juris gentium.

Die eben gemachte Bemerkung, daß schon oft bei den Römern Veräußerungen vorgekommen sein mögen, bei denen man

---

7) Sehr hübsch leitet es Puchta Instit. II. 581 f. aus dem ager publicus und der ältesten Form der Vindication ab, daß es ursprünglich lediglich ein Eigenthum an beweglichen Sachen gab; also darauf kann denn auch nur die in jure cessio anfangs gegangen sein.

8) Gai. II. 25.

eine in jure cessio zu unbequem fand, genügt auch vollkommen zur Erklärung einer wahrscheinlich rein durch Gewohnheit entstandenen Veränderung des bisherigen Rechtes. Es ergiebt sich aus der Erweiterung des Verkehrs von selbst, daß sich die Volksansicht bildete, bei Veräußerungen unbedeutenderer Sachen sei die Vornahme vor Gericht eine unpassende Vorschrift, sie müßten also auch ohne das klagbar sein. Indessen bedurfte es noch einer genaueren Begränzung, welche Sachen dieser formlosen Uebertragungsart fähig seien; und eine solche ergab sich aus den bisherigen Verhältnissen, wie mir scheint, von selbst. — Daß diejenigen Gegenstände, für welche, als eine bequemere Form die mancipatio bereits vorgeschrieben war, nun auch auf ganz formlose Art sollten übertragen werden dürfen, konnte keinem Römer der damaligen Zeit in den Sinn kommen. Es blieben also nur noch die res nec mancipi übrig, und hier mußte es wieder für die unkörperlichen Sachen einleuchten, daß eine formlose Uebertragung derselben nicht möglich sei [9]), daß man also um einen sicheren Anfangspunkt für sie zu haben, bei der in jure cessio stehen bleiben müsse. — So waren es also die körperlichen res nec mancipi, auf weche die neue Rechtsansicht, daß eine in jure cessio nicht mehr nöthig sei, überhaupt angewandt werden konnte, und da es gerade hier von practischem Bedürfniß war, zu große Förmlichkeiten zu verbannen, so erklärt sich leicht, daß für das ganze Gebiet dieser res nec manc. der Rechtssatz aufkam, es solle schon durch die bloße traditio das quiritische Eigenthum daran erworben werden [10]).

9) Gai. II. 28. Incorporales res traditionem non recipere manifestum est.

10) Gai. II. 19. — Res nec (mancipi nuda traditione abalienari possunt), si modo corporales sunt, et ob id recipiunt traditionem. Ulp. XIX. 7. Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis. — Es ist schon von Puchta gebührend hervorgehoben (Inst. II. S. 595.) daß dies Aufkommen der traditio für res nec. manc. bereits ein weiterer Schritt sei, den wir also nicht bis in die ältesten Zeiten hineinziehen dürfen.

Das war die erste Ausnahme von dem alten Princip, daß die derivativen Erwerbarten nur auf streng civile Weise statt finden könnten, denn die traditio ist eine aus der naturalis ratio hervorgehende Acquisitionsart. Daß dieser Schritt nicht noch weitere Folgen haben sollte, war unausbleiblich:

1) Jetzt erst konnte der Fall aufkommen, daß man eine gültige Veräußerung einer res nec manc. durch Tradition annahm, auch wenn der Tradent gar keine bestimmte Person, an die er tradirt, sich gegenüber hat. Die Römer kamen auf diesen Fall durch das Auswerfen der missilia. Unter die occupatio konnte man diesen Fall unmöglich rechnen, da sich diese nur auf res nullius [11]) und (abgesehen von der späteren specificatio) nur auf zwei Fälle, nämlich id quod terra mari coelo capitur und die occupatio bellica bezieht [12]). Vielmehr ist das Auswerfen der missilia rein eine derivative Erwerbart, indem es dabei nicht bloß auf das Factum des Wegwerfens, sondern auch auf den animus des Wegwerfenden ankommt [13]); und dieser animus kann nur als der Wille aufgefaßt werden, die Sache an einen Anderen zu übertragen, wobei es aber dem Uebertragenden einerlei ist, wer gerade die einzelne empfangende Person sei. So wird denn auch dieser Fall in unseren Quellen lediglich bei der Lehre von der Tradition abgehandelt, und ausdrücklich für eine traditio ad incertam personam erklärt [14]). Offenbar kann

---

11) Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. Fr. 8. pr. de acq. rer. dom.

12) Ganz übereinstimmend mit der schon erwähnten Darstellung der occupatio in Gaius Institutionen ist sie in allen übrigen Quellenaussprüchen fr. 1. 3. 5. 7. pr. de acq. rer. dom. (welche zusammengehören) §. 12—18. J. de rer. div. und fr. 1. §. 1. de acq. vel. am. poss. fr. § 3. 21. eod.

13) Fr. 43. §. 11. de furtis. — Si quidem derelinquentis animo jactavit.

14) Fr. 9. §. 7. de acq. rer. dom. — Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert (also derivativ) rei proprietatem, ut ecce, qui missilia jactat in vulgus; ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficit. §. 46. J. de rer. div.

darin nicht ehr eine civile Eigenthumserwerbart gelegen haben, als dies für die traditio der körperlichen res nec manc. anerkannt war. Und das macht auch gar keine Schwierigkeit, da, als Ersteres im Römischen Staate aufkam, Letzteres gewiß schon lange bestanden hatte.

2) Ebenso mußte aber aus der Einführung der traditio ins Römische Civilrecht noch ein anderer Fall mit Nothwendigkeit gefolgert werden. Wenn man nämlich sein Eigenthum lediglich aufgiebt, also es derelinquirt, so steht dies offenbar mit dem Auswerfen der missilia soweit auf ganz gleicher Stufe, als das bei Beiden eigentlich Entscheidende, worauf es für die ganze weitere juristische Auffassung dieses Verhältnisses ankommt, der animus des Wegwerfenden ist, während der Unterschied zwischen Beiden nur ein äußerlicher, juristisch nicht in Betracht kommender ist. Ob nämlich in einem Fall das Volk versammelt ist, aus dem einzelne Unbekannte die missilia sich aneignen, oder ob eine Sache in der Stille derelinquirt wird, und nun Jemand sie an sich nimmt, — es konnte dieser Unterschied keinen Einfluß darauf haben, daß man nicht beide Fälle gleichmäßig als traditiones ad incertam personam hätte auffassen müssen.

Stellen wir uns nämlich nochmals den Zustand der Zeit vor Augen, ehr man die traditio der res nec mancipi zur Begründung des civilen Eigenthums für genügend hielt. Darin, daß man die occupatio nur auf res nullius bezog, und bei derivativen Erwerbarten, also in den Fällen, wo die Sache bereits im Eigenthum eines Römers stand, eine civile Form vorgeschrieben hatte, liegt doch, daß ohne diese Form ebensowenig von der einen Seite Eigenthum erworben, als von der anderen verloren werden könne. Denn in dem Begriff einer derivativen Erwerbart, oder einer alienatio ist enthalten, daß hier kein Augenblick vorhanden ist, in der die Sache res nullius gewesen wäre. — Durch das Aufkommen der traditio wurde hieran nichts geändert, indem auch bei ihr, als einer Alienation, der Satz gelten mußte, daß das Eigenthum erst dann verloren geht, wenn es von der anderen Seite erlangt wird. Wie sollte man nun den Fall der Dereliction auffassen?

Offenbar bewirkte sie bei den res mancipi oder den unkörperlichen res nec mancipi noch gar nichts, da hier ja die ausnahmslose Vorschrift ist, daß das Recht daran nur durch mancipatio und in jure cessio aufgegeben werden kann. Bei den körperlichen res nec mancipi war durch das Hinzukommen der traditio das Princip ebenfalls nicht verändert, sondern nur durch einen Fall vermehrt. Man konnte das Eigenthum daran noch immer durch mancipatio und in jure cessio, aber jetzt auch durch traditio, also durch einfache Empfangnahme von Seiten eines Anderen, verlieren. Der einfache animus dereliquendi konnte mithin noch in keiner Weise als Eigenthumsverlust angesehen werden, aber es war durch die traditio das Mittel gefunden, der Dereliction, welche bisher noch gar keine juristische Gestalt gehabt hatte, eine solche zu ertheilen. Man brauchte sie nur, ebenso wie das Auswerfen der missilia als traditio ad incertam personam aufzufassen; man legte damit also in die Dereliction noch nicht den Eigenthumsverlust selbst, aber doch die Absicht des Dereliquenten, daß ein Jeder, der die weggeworfene Sache zu sich nähme, sie behalten dürfe, mithin den animus tradendi an diesen Besitzergreifenden So war mit dieser Ergreifung das Ende des früheren Eigenthums und der Anfang des neuen anzunehmen, d. h. die Dereliction war ein rein derivative Erwerbart.

Daß in der That die Römer anfangs nur in dieser Weise die Dereliction aufgefaßt haben, läßt sich, wie ich glaube, trotz des höchst mangelhaften Zustandes unserer Quellen, noch mit ziemlicher Gewißheit beweisen. Wir haben nämlich in unseren Pandekten den Titel pro derelicto, von dem unsere weitere Entwicklung zeigen wird, daß hier stets eine Doppelinterpretation anzustellen ist, welche einestheils auf das gerichtet werden muß, was Justinian mit den aufgenommenen Fragmenten sagen wollte, und anderntheils auf das, was die schreibenden Juristen nur damit gemeint haben können. Jedenfalls ist es hierfür sehr werthvoll, daß uns darin eine historische Notiz über die frühere Auffassung der Dereliction aufbewahrt ist. Es heiß tim fr. 2. pr. §. 1. pro derel.:

> Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus acquirere. Sed Proculus non desi-

sinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit.

Dem ist gegenüberzustellen: fr. 43. §. 5. de furtis. Quodsi dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiamsi ego furandi animum habuero; nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat; in proposito autem nulli fit, quippe quum placeat Sabini et Cassii sententia, existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.

Hierin ist bezeugt, daß die Ansicht der Sabinianer in der späteren Zeit die allgemein herrschende geworden ist (quippe quum placeat). Aber sollen wir dagegen die Ansicht des Proculus als eine singuläre Schulmeinung, oder etwa als die der ganzen früheren Zeit auffassen, die dann nur durch eine auf freieren Voraussetzungen ruhende Theorie verdrängt wurde? — Ich glaube, wir dürfen das Letztere aus folgenden Gründen annehmen. — Wenn die Ansicht des Sabinus auch schon in früheren Zeiten, wo doch der Fall der Dereliction schon vorgekommen sein muß, gegolten hätte, so würde man gewiß nicht noch in späterer Zeit die oben dargethane enge Gestalt der Occupation anerkannt haben; wogegen sich dies sehr leicht erklären läßt, wenn man die Veränderung der Derelictionstheorie erst in spätere Zeit setzt, wo der Begriff der occupatio bereits wissenschaftlich festgestellt war. — Und nun sehen wir sogar, daß noch in den Institutionen [15]) die Dereliction, zusammen mit dem Auswerfen der missilia, bei der traditio, und zwar ganz aus dem Gesichtspunkte der traditio dargestellt wird [16]).

---

15) §. 47. J. de rer. div. — Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.

16) Ganz entschieden tritt dieser Gesichtspunkt noch aus fr. 5. §. 1. pro derel. hervor: Id quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit, sicuti quum quis aes sparserit, aut aves emiserit; quamvis enim incertae personae voluerit eas esse, tamen ejus fient, qui eas sustulerit, easque quum quis pro de-

— Dürfen wir daraus nicht annehmen, was sich schon aus unserer obigen Darstellung der früheren Zeiten von selbst zu ergeben schien, daß nämlich die Dereliction ursprünglich nur als **traditio ad incertam personam** aufgefaßt werden konnte? — Deuten ja doch auch die Institutionen mit den Worten **verius esse videtur** darauf hin, daß früher eine von der **wahren** Auffassung verschiedene gegolten habe.

Hiemit scheint mir ein Punkt gerechtfertigt, der für die ganze hier dargestellte Lehre von entscheidender Wichtigkeit ist. Nur durch ihn ist der Grund zu heben, den auch Puchta für seine Ansicht gleich voranstellt (Inst. II. S. 591). „Was „von der Tradition," sagt der scharfblickende Mann, „das muß „auch von der Occupation gelten; ohne die Ausschließung dieser von dem quiritischen Erwerb würde auch die Ausschließung „jener nicht denkbar sein, da ja sonst jede Tradition als eine „Dereliction und darauf folgende Occupation betrachtet, und „dadurch der Satz, daß sie nicht das quiritische Recht bewirkt, „erfolglos gemacht werden könnte."

Sobald man nur unter dem hier gebrauchten Ausdruck: „Occupation" **lediglich** die Dereliction versteht, also das was erst später als ein **occupare** (aber doch noch von der **occupatio** im engeren Sinne Verschiedenes) aufgefaßt wurde, so sind diese Worte für vollkommen richtig zu halten. Da sich die Dereliction aus der Tradition entwickelte, so muß auch, wenn wir später wieder bei der Tradition Veränderungen finden, die Dereliction ihr nothwendig gefolgt sein. Wir werden in der That das bisher besprochene Gebiet der körperlichen **res nec mancipi**, worauf sich die Dereliction anfänglich nur bezogen haben kann, alsbald erweitert sehen.

c) Surrogat mangelhafter Veräußerungen.

Die so strenge civilrechtliche Regel, daß das Eigenthum des Römischen Bürgers nur durch civile Formen von ihm hinweg

---

relicto habeat, simul intelligitur voluisse alicujus fieri.

und auf andere übergehen könne, erheischte auch abgesehen von der unter b. dargestellten Rechtsänderung ein allgemeines Surrogat; und das war die **usucapio**, auf deren weitere Natur hier nicht eingegangen zu werden braucht. Es genügt zu bemerken, daß in der Periode vor Entstehung des **in bonis**, von der wir hier noch immer sprechen, sie als Surrogat für die zwei Fälle eintrat: wenn Jemand **bona fide** eine Sache von einem Nichteigenthümer, oder vom Eigenthümer, aber ohne die civilrechtlichen Formen in den Besitz bekommen hatte. Von einer gültigen **alienatio**, also einem gleich vorhandenen materiellen Rechte an der Sache, konnte in beiden Fällen nicht die Rede sein, aber daß sie ein Grund zur Usucapion würden, war eine sich sehr empfehlende Billigkeit.

§. 41. II. Es mußte, wenn wir eine Entstehung des **in bonis** nachweisen wollen, die Darstellung der Zeit voraufgehen, von der Gaius sagt, entweder sei ein Jeder **ex jure Quiritium dominus**, oder gar nicht Eigenthümer gewesen, so daß man im letzteren Falle nur eine **bon. fidei possessio** kannte, welche durch Zeitablauf sich ins **dominium ex jure Quiritium** verwandelte.

Wie sich dieser Zustand verändern konnte, soll jetzt in einer zweiten Periode dargestellt werden.

1) Die **bonorum possessio** hat bereits, wie wir gesehen haben, geraume Zeit vor Cicero bestanden. Es ist schon im §. 38. angegeben worden, daß in ihr ein Fall des **in bonis** enthalten war. Wenn wir nun nachweisen können, daß sich dieser Fall ganz dazu eignet, den Begriff eines natürlichen Eigenthums zuerst zu construiren, und daß anderntheils alle anderen Fälle des **in bonis** in eine spätere Zeit zu setzen sind, als die **b. p.**, so wird damit der Beweis geliefert sein, daß aus der **b. p.** der Ursprung des ganzen **in bonis** abzuleiten ist. Beides wird uns vielleicht möglich sein.

Im §. 38. ist bereits angegeben, daß ein **bonorum possessor**, auch wenn er nicht **heres** ist, dennoch eine **b. possessio cum re** haben kann, wenn nämlich der vom Civilrecht Berufene durch Verzicht, durch Tod oder Verlust der Testamentifaction vor der Antretung hinwegfällt. — Es kann der

Prätor nicht um dieses Falles willen die b. p. eingeführt haben, indem einestheils dieser Annahme die oben von uns exponirten positiven Einführunsgründe entgegenstehen, anderntheils sie in sich selbst etwas Unwahrscheinliches sein würde. Es wäre danach die b. p. auf Fälle berechnet gewesen, die, völlig außer der Macht des Prätors liegend, von Zufälligkeiten abhingen, und doch auch so sehr häufig nicht gewesen sein können, daß darauf die Erbauung des ganzen Systems der b. p. als gerechtfertigt erschiene.

Dagegen, wenn wir annehmen, daß die b. p. sine re der Fall ist, auf den der Prätor bei Einführung des Instituts zunächst sein Augenmerk richtete, so erklärt es sich leicht, daß dabei ein Nebenpunkt vorkommen konnte, der, wenn auch von Zufälligkeiten abhängig, doch sobald er eintrat, durch das Bestehen der b. p. seine befriedigende Lösung erhielt. Obgleich nach dem Wegfallen der ersten Delation eine nochmalige Berufung nach Civilrecht in den meisten Fällen nicht zulässig war, so mußte doch ein sehr natürliches Billigkeitsgefühl darauf führen, daß in Ermangelung des heres die nächste Klasse die meisten Ansprüche auf die Erbschaft habe. Indem nun also der Prätor dieser die p. b. ertheilte, so war, ganz abgesehen von dem dadurch befriedigten Interesse der Creditoren, die Erbschaft dem zugewandt, dem nur die juris scrupulositas entgegenstand, daß er nicht selbst heres werden konnte. Es war damit zugleich, was oben als eine Haupttendenz des Prätors angeführt ist, ein dauerndes Mittel gegeben, der civilrechtlich noch fortbestehenden pro herede usucapio so viel Terrain als möglich zu entziehen.

So konnte der Prätor in keiner Weise daran denken, einer solchen durch das Wegfallen des heres zur cum re gewordenen b. p. seinen Schutz wieder zu versagen. Aber es drängt sich von selbst auf, welche Folgerungen aus diesem Verhältniß hervorgehen mußten.

Der b. possessor, welcher an und für sich nur mit Rechtsmitteln geschützt war, die gegen den wahren heres von keinem dauernden Erfolg sein konnten, vermogte damit doch gegen alle Nicht-heredes sein Recht geltend zu machen. Jetzt war nun der heres weggefallen, also sein Erbrecht gegen die ganze

übrige Welt geschützt; er hatte die definitive Herrschaft über das Vermögen. Konnte man sich verhehlen, daß hier, wenn auch die civilrechtlichen Erfordernisse fehlten, doch wenigstens nach einer natürlichen Anschauung ein vollkommenes Eigenthum an den Erbschaftssachen statt finde? Denn Eigenthum ist ja nichts Anderes als das Recht, selbst nach Belieben auf die Sache einwirken und die Einwirkung der übrigen Welt durch Klage und Einrede ausschließen zu können. Beides ist hier vorhanden.

Wir finden nun in der That dies natürliche Eigenthum bei den Römern anerkannt, aber wir sind unsicher, für welchen Fall es zuerst eingeführt sei. Wenn wir nicht entschiedene Gründe für das Gegentheil haben, so scheint doch jedenfalls die einfachste Erklärung die, wonach das neue Institut nicht durch reine Speculation des Prätors aus dem Nichts hervorgerufen, sondern wonach der neue Begriff, aus gegebenen Verhältnissen sich von selbst entwickelnd, und ohne direct darauf gerichtete Absicht, dann nur auf ähnliche einer besonderen Abhülfe bedürfende Fälle ausgedehnt worden wäre. So würde es sein, wenn wir aus der b. p. den Ursprung des in bonis ableiten. Doch sehen wir, ob sich auch wirklich die übrigen Fälle als erst später hinzugekommen rechtfertigen lassen.

2) Jedenfalls macht in dieser Hinsicht der des bonorum emtor keine Schwierigkeiten. Das Rechtsverhältniß desselben wird von Gaius [1]) stets als dem des bonorum possessor so ganz analog dargestellt, daß auch wohl kein Grund ist zu zweifeln, es habe sich wirklich historisch danach gerichtet.

3) Wir finden nun aber auch das in bonis bei Erwerbungen einzelner Sachen, und zwar tritt hier vorzüglich hervor der Fall der traditio einer res mancipi. Ebenso wie wir oben die traditio nur auf körperliche res nec mancipi beziehen konnten, ebenso müssen wir auch hier gleich diese Einschränkung machen [2]).

1) III. 80. IV. 35. 145. 146. – Ueber den Fall des Universalfideicommissars siehe Mayer in der Zeitschr. f. gesch. R. W. VIII. S. 58.

2) Gai. II. 28.

Nach unserer früheren Erörterung war, auch nachdem man bei der res nec manc. die traditio anerkannt hatte, für die res mancipi das alte Princip geblieben, daß sie nur auf formelle Weise von einem Römer auf den anderen übergehen könnten. Also alle Veräußerungshandlungen außer mancipatio und in jure cessio bewirkten noch gar keinen Eigenthumsverlust, aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. — Die Römer konnten, da sie an formelle Geschäfte gewöhnt waren, nicht daran denken, dies alte Princip ganz aufzuheben, also durch traditio auch civilrechtliches Eigenthum an res manc. entstehen zu lassen, aber dennoch mußte, nachdem einmal die traditio bei den res nec. manc. ins Civilrecht eingeführt worden war, dies eine Milderung der Strenge herbeiführen, mit der man bisher bei den res manc. jenes Princip gehandhabt hatte. Auch hier können wir erkennen, daß der Prätor schrittweise verfahren ist, ohne nur von vorn herein die Absicht zu haben, einen Fall des natürlichen Eigenthums zu creiren. Das älteste Rechtsmittel lag wohl darin, daß man aus dem Veräußerungsgeschäft z. B. dem Kauf, eine Klage auf Vornahme der Mancipation gestattete [3]. Eine Abänderung des älteren Rechts liegt darin noch eigentlich gar nicht, indem diese Klage eine Folge der obligatio ist, welche sich von den Regeln über Eigenthumserwerb völlig unterscheidet. Aber es konnte doch diese Klage auf Vornahme der zum Eigenthumserwerbe nöthigen Formalitäten gerichtet werden, und so gewährte sie eine Aushülfe für mangelhafte Uebertragungen. Da Gaius ausdrücklich bemerkt, daß diese Klage auf mancipatio

3) Gai. p. 233. v. 7. — item si verbi gratia ex emto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita praescribere *ea res agatur de fundo mancipando*, ut postea si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda . . . . . totius illius juris obligatio illa incerta actione: *quidquid ob eam rem NN. AA. dare facere oportet* per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio. — Nur von diesen Rechtsmitteln wird die in §. 41. J. de rer. div. erwähnte Bestimmung der 12 Tafeln in Beziehung auf res manc. geredet haben.

sich ganz trennen lasse von der auf traditio, so mußte sie doch auch zulässig sein, wenn die traditio bereits statt gefunden hatte.

Aber in diesem Falle ist doch das Recht des Empfängers nur aus der bestehenden obligatio abgeleitet, die traditio selbst gewährt ihm immer noch kein materielles Recht an der Sache. Sobald von einem auf dieser traditio ruhenden natürlichen Eigenthum die Rede sein soll, so mußte aus derselben durch eine exceptio und eine actio ein Schutz gegen Jedermann geboten werden. Also die Frage über das aus der traditio einer res mancipi hervorgehende in bonis, fällt völlig zusammen mit der anderen, seit wann für diesen Fall jene beiden Rechtsmittel bestanden haben, und zwar kann von einem wahren in bonis erst seit dem Bestehen des wirksamsten Rechtsmittels, nämlich der actio, die Rede sein.

Die exceptio zum Schutz der tradirten res mancipi wird wohl allgemein heutzutage als früher eingeführt angenommen, und es paßt dies auch mit der Allmähligkeit der Rechtsentwicklung vollkommen zusammen. Nur ist es unsicher, welche exceptio dies gewesen sei. Während man nämlich meist die exc. rei venditae et traditae dafür hält, hat neuerdings Mayer [4]) dies in Zweifel gezogen, obgleich freilich nicht mit genügenden Gründen. — Die singuläre Gestalt, in der die exc. r. v. e. t. im Justinianischen Gesetzbuche erscheint [5]), hindert uns nicht, ihre so natürlich schon aus dem Namen hervorgehende frühere Gestalt zu reconstruiren. Sie enthielt den Schutz gegen den Tradenten, welcher aus irgend einem Grunde von der Anerkennung seiner eigenen Traditionshandlung abweichen wollte. Demnach konnte sie ebensogut gegen den Eigenthümer als den bonae fidei possessor gehen. Der Grund, worauf Jener fußte, mußte natürlich der sein, daß er ja trotz der Tradition sein dominium ex jure Quiritium nicht verloren habe [6]); der frühere bonae fidei possessor (oder über-

4) Zeitschr. f. gesch. R. W. VIII. S. 35—48.
5) Tit. Dig. XXI. 3.
6) Auch Mayer gesteht es zu, daß die exc. in diesem Falle wirklich zulässig gewesen sei.

haupt jeder veräußernde non dominus) wird es aber nur auf den Grund hin, daß er später Eigenthümer geworden sei, unternommen haben, seiner eigenen früheren Traditionshandlung entgegenzutreten.

Hieraus erklärt sich die Gestalt in unseren Digesten sehr leicht. Jener erste Fall mußte nothwendig ausgeschieden werden, da das duplex dominium aufgehoben wurde. Es blieb also nur der zweite noch in praktischer Anwendung. Das eigentliche Princip der exc. aber blieb immer dasselbe, daß nämlich dem Käufer das habere licere nicht gestört werden dürfe, womit denn einestheils sich erklärt, wie leicht sich diese exc. aus dem in Note 3. angegebenen Rechtsmittel entwickeln konnte, anderntheils aber ihre innere Verwandtschaft mit der Eviction in die Augen springt. Daß sie daher im System der Römer gleich hinter der Eviction abgehandelt wurde, ist eine sich von selbst verstehende Folge.

Wie dies nun aber dem Satze entgegenstehen soll [7]), daß sie die Exception war, welche unseren Fall des in bonis schützte, ist nicht wohl einzusehen. Man kann sich ja doch die Entstehung dieses natürlichen Eigenthums nicht so denken, daß der Prätor plötzlich den Entschluß gefaßt habe, eine exceptio einzuführen, welche, nachdem er dann noch eine eigene Klage hinzugefügt haben würde, nun erst den Begriff des natürlichen Eigenthums gewährte. Sondern indem der Prätor aus dem Princip der Eviction eine Exception von bei weitem größeren Umfang eingeführt hatte, wurde dadurch auch der Empfänger gegen den tradirenden dominus geschützt. Darin lag noch kein in bonis, und so konnte also die exc. nicht um des in bonis willen eingeführt sein. Aber da sie bereits einen halben Schutz gegen den dominus gewährte, so konnte sie nun leicht die Veranlassung zu einem völligen Schutz gegen den dominus werden, d. h. es war billig, dem durch exc. bereits Gesicherten auch einen völligen Schutz durch Klage zu gewähren. Erst durch Einführung dieser Klage entstand hier der Begriff des in bonis, und somit kann die exceptio nicht aus dem in

7) Mayer a. a. O. S. 44.

bonis, sondern das in bonis muß aus der exceptio erklärt werden.

Ebenso ist auch der andere Gegengrund Mayers nur ein scheinbarer. Die rei vend. et trad. exc. reiche nämlich nicht für alle Fälle des in bonis hin, der Prätor müsse deßhalb eine andere exc. als allgemeinen Schutz des in bonis eingeführt haben. — Es liegt dem die Idee zum Grunde, daß der Prätor sich mit legislatorischer Ueberlegung den Begriff des natürlichen Eigenthums construirt, und ihn dann durch Rechtsmittel in die Praxis eingeführt habe, so daß dann auch in diesen Rechtsmitteln der reine Begriff des in bonis zu erkennen sein müsse. Aber diese Idee findet in den Quellen ihre Bestätigung nicht. Es giebt allerdings Institute, welche vom Prätor ganz neu ausgedacht, und als ein zusammengehöriges Ganzes in die Praxis eingeführt wurden, wie z. B. eben unsere b. p. — Dabei versteht es sich von selbst, daß auch in den Rechtsmitteln das Wesen des ganzen Institutes zu erkennen ist. Aber dann verfehlen auch unsere Quellen nie zu bemerken, daß die Thätigkeit des Prätors dasselbe hervorgerufen habe. Geschieht dies nun auch in Beziehung auf das in bonis?

Im Gegentheil scheint Gaius II. 40. 41., der doch sonst immer so genau die Prätorische Quelle angiebt, dies absichtlich hier zu vermeiden. Und in der That, wie konnte man auch z. B. bei der b. p. cum re sagen, der Prätor habe ein neues Eigenthum eingeführt? Die b. p. war um ganz anderer Zwecke willen aufgestellt, sie enthielt auch gar nicht immer das in bonis, aber von der anderen Seite trat dies auch wieder bei der b. p. ganz ohne des Prätors Zuthun ein. Der Prätor hat nicht das geringste Rechtsmittel neu ausgedacht, um dem b. possessor das in bonis zu verleihen; alle Rechtsmittel hatte derselbe auch ohne das in bonis ganz ebensogut, und nur äußere Umstände konnten das Resultat hervorbringen, daß man hier ein natürliches Eigenthum anzunehmen hatte. Wie kann man sagen der Prätor habe den bon. possessor das in bonis gegeben, während es sich

doch lediglich aus den Umständen entwickelt hatte [8]) und der Prätor nur nicht daran denken konnte, es ihm wieder zu nehmen?

Und hiermit hängt noch ein anderer Punkt zusammen. — Es giebt mehre sehr verschiedene Fälle, in denen die Römer das in bonis anerkannten. Dabei setzt nun Mayer sogleich voraus, es müßten auch die Schutzmittel für dasselbe in allen Fällen die nämlichen sein. Aber was berechtigt zu dieser Voraussetzung? — Offenbar muß doch zugegeben werden, daß die Klagen, die der b. possessor hat, ganz andere sind, als welche dem zusteht, der durch traditio eine res mancipi erhalten hat. Weßhalb sollen denn nicht ebensogut die Exceptionen bei beiden verschieden sein können?

Daß bei allen den verschiedenartigen Fällen ein in bonis statt finde, soll nur den gemeinsamen Gesichtspunkt ausdrücken, daß hier ein gegen Jedermann geschütztes Recht an Sachen statt finde. Aber dabei können die einzelnen Fälle sich in ganz selbständiger Weise entwickelt haben, und nur noch in dem Verhältniß zu einander stehen, daß einer von allen diesen Fällen der erste sein mußte, und zwar, da wir eine direct auf Construirung des in bonis gerichtete Thätigkeit des Prätors nicht annehmen können [9]), ein Fall, aus dem sich der Begriff des natürlichen Eigenthums von selbst ergeben mußte. Nachdem dieser vorlag, konnte der Prätor darauf kommen, auch andere Fälle darunter zu stellen, welche, wenn der Begriff nicht schon vorgelegen hätte, wohl nie diese Gestalt erhalten hätten [10]). — Die b. p. ist gerade der Fall, bei dem das in bonis nicht aus einer Nachahmung eines anderen Falles hervorgegangen sein kann; während dies bei allen übrigen sich denken läßt. Ist nicht also wohl der Schluß gerechtfertigt, daß die b. p. zuerst das in bonis hervorgerufen habe?

Jedenfalls aber muß doch dabei festgehalten werden, daß

---

8) Nur in solcher Weise spricht auch Gaius III. 80. von diesem Falle.

9) Deßhalb ist auch der Ausdruck: Prätorisches Eigenthum nicht passend.

10) Das gilt namentlich von dem servus jussu Praetoris ductus, und von der missio ex sec. decr. beim damn. inf. — Mayer a. a. O. S. 61.

man sich bei den späteren nachgeahmten Fällen nie so streng an die früheren band, daß man die schützenden Rechtsmittel in allen Fällen gleichmäßig construirt hätte, wie das eben durch das Beispiel der b. p. bewiesen ist. Und wenn wir in ihr gerade den Anfang des in bonis finden dürfen, so erklärt sich dies Princip von selbst. Da sich nämlich die Rechtsmittel des b. possessor nicht auf alle möglichen anderen Fälle anwenden ließen, so konnte man auch in der Folge nicht darauf kommen, eine Gleichmäßigkeit dieser Rechtsmittel zu dem gemeinsamen daß Begriff des in bonis gehöre.

Wenden wir dies nun noch besonders auf die traditio der res mancipi an, so ergiebt sich Folgendes. Da es auch von Mayer zugegeben werden muß, daß sie durch die rei vend. et tr. exc. völligen Schutz gegen den dominus erzeugt habe, so kann uns das genügen; daß der Prätor noch eine eigene, lediglich auf das in bonis gestützte exc. gegeben habe, würde eine Luxuriosität in der Aufstellung von Rechtsmitteln voraussetzen, wie die Römer sie für unnütz hielten. Und wenn nun Mayer dennoch diese eigene exceptio in der doli exc. gefunden haben will, so ist dagegen zu antworten, daß die rei vend. et tr. exc. nichts als eine doli exc. nur noch mit einem besonderen Namen ist, und wenn das auch nicht wäre, aus dem Bestehen der reinen doli exc. in anderen Fällen des in bonis nach dem oben Gesagten, noch nicht auf das Bestehen derselben in allen übrigen Fällen geschlossen werden darf.

Wenn wir uns also mit der rei vend. et trad. exc. begnügen dürfen, so wäre es doch aber möglich, daß nun wenigstens die Klage, welche zu dem Begriffe des in bonis bei unserem Falle noch durchaus nothwendig ist, lediglich zu diesem Zwecke eingeführt wäre. Aber auch davon wird, (was jetzt noch ausgesetzt bleiben muß) sich weiter unten das Gegentheil nachweisen lassen, woraus denn von selbst folgt, daß das natürliche Eigenthum an einer tradirten res mancipi überhaupt nichts vom Prätor direkt Beabsichtigtes, sondern nur etwas von den späteren Juristen Gefolgertes gewesen sein kann.

§. 42. 4) Aus der traditio einer res mancipi mußte auch für die **derelictio** eine andere Gestalt hervorgehen.

Die Einführung der traditio für res nec manc. hatte erst das Auswerfen der missilia und überhaupt die Dereliction aller körperlichen res nec mancipi juristisch möglich gemacht, aber weiter konnte dies natürlich auch nicht gehen. Also eine derelinquirte res mancipi konnte Jemand, der auch das Factum der Dereliction kannte, dennoch nicht durch Besitzergreifung in sein Eigenthum bringen, sondern er galt nur als bonae fidei possessor, der dann auch durch das Surrogat der usucapio zum quiritischen Eigenthum gelangen konnte [1]).

Seitdem aber die traditio bei den res mancipi ein volleres Recht, das in bonis, gewährte, mußte sich auch die Dereliction, als traditio ad incertam personam, anders gestalten. Man mußte offenbar dem Besitzergreifer gleich von Anfang an ebenfalls das natürliche Eigenthum zugestehen. Aber von der anderen Seite durfte man auch nicht weiter gehen, und ihm gleich das civile Eigenthum zusprechen, indem sonst der von Puchta gemachte Einwurf begründet gewesen wäre, daß die noch vollgültige Regel, res mancipi könnten **nur**

---

1) An diesem Orte kann endlich das gerechtfertigt werden, was oben (§. 4. Note 9.) einstweilen vorauszusetzen war: daß nämlich, indem man bei der pro herede usucapio das Princip der **Herrenlosigkeit** der her. jac. annahm, daraus noch nicht folgte, sie könne sogleich durch Besitzergreifung ins Eigenthum gebracht werden, sondern daß dazu noch eine usucapio nöthig war.

Die traditio der körperlichen res nec manc. scheint schon nach den 12 Tafeln quiritisches Eigenthum erzeugt zu haben (Ulp. XIX. 2. u. Hugo R. G. S. 210. Z. 14. — § 41. J. de rer. div. s. d. vor. §. Note 3.) Dagegen als man nun bei der pro her. us., bei der man sich ganz auf die 12 Taf. stützte, die **ideelle** hereditas für eine herrenlose, **derelinquirte** Sache auffassen wollte, konnte man sie natürlich nicht zu den **körperlichen** res nec mancipi rechnen, also durfte noch nicht in der Besitzergreifung, sondern erst in der Usucapion der civilrechtliche Erwerb derselben gefunden werden. Und so blieb es auch, seitdem die pro her. us. nur noch auf die res hereditariae ging, weil man an dem alten Institut nichts mehr verändern wollte. Ließ man doch auch die fundi in einem Jahre usucapiren!

durch mancipatio oder in jure cessio alienirt werden, jetzt immer durch Dereliction und darauf folgende Besitzergreifung hätte umgangen werden können. Und daß wirklich die Dereliction der res mancipi und die der nec mancipi zur Zeit der klassischen Juristen nach verschiedenen Rechtsregeln beurtheilt wurden, davon werden sogleich die uns übrig gebliebenen Spuren nachgewiesen werden.

5) Nur eine allgemeine Bemerkung ist noch für alle bisher erwähnten Fälle des in bonis vorauszuschicken. Die usucapio hatte bisher bloß auf die bon. fidei possessio sich bezogen, seitdem aber das in bonis bestand, mußte demselben, als dem majus, doch jedenfalls auch der Vortheil des minus zu Theil werden. So war also in der Usucapion das Mittel vorhanden, die in jedem einzelnen Falle mögliche divisio dominii durch Zeitablauf wieder in das quiritische Eigenthum aufgehen zu lassen. Das stellt denn auch Gaius bei der traditio der res mancipi gleich als das Ziel des ganzen Verhältnisses auf, so daß man es als einen Bestandtheil des in bonis auffassen muß, da die ganze Dauer, das Bestehen des abgesonderten in bonis davon abhängt [2]). Man kann danach das in bonis auch so definiren: es ist ein von Anfang an durch Klage und Exceptio geschützter Usucapionsbesitz. — Wir werden alsbald sehen, was sich hieraus für die Natur dieser Klage bei der traditio der res mancipi ableiten läßt.

Jedenfalls aber finden wir auch, ebensogut wie bei diesem Falle der traditio, bei allen anderen die Befugniß zur Usucapion. Wie sie sich bei der b. p. gestaltet, wird später abgesondert erörtert werden. Hier ist es nur nöthig, noch bei der Usucapion der derelinquirten res mancipi etwas zu verweilen.

---

2) Gai. II. 41.: nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo uscupias: semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure Quiritium, tua res esse, ac si ea tibi mancipata vel in jure cessa esset.

Wir finden in unseren Pandekten noch einen Titel pro derelicto (XLI. 7.), dessen Bestimmungen wir nach heutigem Rechte so erklären müssen, daß man Sachen usucapiren könne, welche vom Nichteigenthümer derelinquirt worden sind [3]). Es wird sich aber nachweisen lassen, daß die excerpirten Juristen bei der usuc. pro derel. etwas Anderes vorherrschend im Auge gehabt haben, und so ist für die hier einschlagenden Fragmente immer eine Doppelinterpretation, eine historische und eine practische, nöthig.

Vorerst muß die technische Bedeutung des immer wiederkehrenden Ausdrucks pro derelicto habitum festgestellt werden. Es heißt derselbe nicht, es sei eine Sache fälschlich von einem Dritten für derelinquirt gehalten, und könne in Folge dieses Irrthums usucapirt werden, denn es ist ausdrücklich anerkannt, daß die usucapio pro derelicto in dieser Weise ganz unzulässig sei [4]). Vielmehr muß, wie wir schon aus der eben citirten Stelle sehen, das habitum auf den animus des Wegwerfenden bezogen werden. Und es erklärt sich diese Ausdrucksweise von selbst aus der juristischen Gestalt, welche die Dereliction hat. Derelinquere heißt nämlich nichts, als: Wegwerfen, Verlassen; aber damit dies juristische Bedeutung habe, muß noch der animus des dominus sein Eigenthum hiermit aufzugeben, hinzukommen, (s. §. 40. Note 13.) also die Sache muß pro derelicto habita sein [5]). — Heutzutage befolgen wir nicht eine so strenge Terminologie, wir nennen eine derelinquirte Sache diejenige, woran der Eigenthümer wirklich sein Recht aufgeben wollte, aber wir müssen dann wenigstens dabei festhalten, daß die Römer in

3) Es ist dies auch die allgemein herrschende Ansi t. S. z. B. Unterholzner. Ausf. Verjährungslehre. I p. 395. f. Mühlenbruch Pand. II. §. 262. Göschen Vorlesungen II §. 260 — Wening (Civilrecht I. §. 132. läßt gerade die wichtige Bestimmung über den Nichteigenthümer aus.

4) Fr. 6. pr. derel. — Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam.

5) Sehr deutlich ist das bloße Wegwerfen von dem pro derelicto habere getrennt, in fr. 43. §. 9. de furtis.

demselben Sinne nicht **res derelicta**, sondern **res pro derelicto habita** sagen.

Nun aber kommt in den Quellen, so viel ich weiß, keine Stelle vor, worin ausdrücklich von dem Falle die Rede wäre, daß die Sache **a non domino pro derelicto habita** sei. Sondern entweder findet sich bloß der Ausdruck **pro derelicto habitum**, oder es wird noch besonders hinzugesetzt, **a domino pro derelicto habita**, oder auf andere Weise deutlich gemacht, daß vom derelinquirenden Eigenthümer die Rede sei [6]). Also entsteht der Zweifel, ob die Römischen Juristen, wenn sie bloß **pro derelicto habitum** sagen, hier nicht ebenfalls an den derelinquirenden **dominus** denken, oder ob sie, wie es allerdings nach Justinianischen Recht zu verstehen ist, einen **non dominus** stillschweigend supponiren?

Schon von vorn herein können wir Letzteres wegen der Undeutlichkeit der Ausdrucksweise nicht wohl bei ihnen präsumiren, außerdem aber führt ein anderer bereits nachgewiesener Punkt mit Nothwendigkeit darauf, daß die klassischen Juristen, wenn sie von der **usucapio pro derelicto** sprechen, doch dabei das Eigenthum des Derelinquirenden voraussetzen mußten. — Seitdem die **traditio** quiritisches Eigenthum an **res nec mancipi** gewährte, mußte dies auch wie oben gezeigt ist, dieselbe Wirkung bei der Dereliction nach sich ziehen. Und als endlich Justinian die **mancipatio** und **in jure cessio** aufhob, und also durch **traditio** bei allen Sachen das ungetheilte Eigenthum entstehen konnte, da folgte freilich von selbst, daß alle derelinquirten Sachen sogleich mit der Besitzergreifung ins volle Eigenthum gelangen mußten, ebensogut wie das, **quod terra, mari, coelo** oder **ex hostibus capitur**. So war es denn also für Justinians Zeit durchaus angemessen, im §. 47. J. de rer. div. hiebei ausdrücklich den Ausdruck **occupatio** zu gebrauchen, [7]) und bei noch klarerer Durchschauung der

---

6) Fr. 43. §. 5. de furt. — Fr. 1. fr. 2. pr. fr. 3. pro derel. — Fr. 38. §. 1. de nox. act. §. 47. J. de rer. div.

7) Es ist indeß wohl möglich, daß die Römischen Juristen hier auch schon den Ausdruck **occupare**, aber jedenfalls in einer weiteren Bedeutung gebraucht haben. Fr. 1. pro derel.

Sache würde man diesen Punkt gleich von vorn bei der occupatio im §. 12. haben abhandeln müssen.

Aber zur Zeit der klassischen Juristen galt noch vollkommen der Satz, daß das civile Eigenthum an res mancipi nur durch mancipatio oder in jure cessio, sowie durch das Surrogat der Usucapion verloren gehen (alienirt werden) könne. Also die der traditio analoge Dereliction konnte dem Besitzergreifenden ursprünglich nur eine bonae fidei possessio, und seit die traditio das natürliche Eigenthum erzeugte, nur ein in bonis gewähren, welches sich dann erst durch die Usucapion mit dem dominium ex jure Qu. wieder vereinigte. Und das ist eben die usucapio pro derelicto, von der die Römischen Juristen sprechen, so daß wir also, wenn sie die Ausdrücke pro derel. habitum gebrauchen, nicht zweifeln können, sie hätten an den dominus gedacht, während wir aber für ihre Zeit auch voraussetzen müssen, daß sie immer von res mancipi redeten [8]).

Wir können nun in der That den früheren Rechtszustand noch aus den Pandektenfragmenten erkennen.

In fr. 4. pro der. sagt Paulus: Id, quod pro derelicto habitum est, et haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus a quo derelictum sit. Paulus würde doch mehr als undeutlich gewesen sein, wenn er hier einen Anderen als den derelinquirenden Eigenthümer vorausgesetzt hätte.

Ferner aber ist das bekannte, und schon so verschieden interpretirte fr. 5. pr. eod. zu bemerken:

> Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse, abs te emerim, me usucapturum constat, nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit.

---

8) Dem Begriffe nach mußte indeß die us. pr. derel. auch in dem Falle schon vorkommen können, wo ein non dominus eine Sache (manc. oder nec manc.) derelinquirt hatte. Aber die Juristen scheinen diesen Fall nicht abgehandelt zu haben, sonst würden doch gewiß die Compilatoren nicht verfehlt haben, davon ein Fragment aufzunehmen, statt daß sie sich nur begnügten, die Fragmente durch Interpolationen dem practischen Rechte anzupassen.

Es ist nicht genügend, daß Etwas pro derelicto habitum sei, sondern, wie die vorige Stelle sagt, der Besitzergreifende muß dies auch wissen, (haberi putamus)[9]. Also wer eine derelinquirte Sache lediglich in Besitz hat, ohne die Dereliction zu kennen, hat damit noch kein Recht an der Sache erworben. Von diesem Falle handelt unser Fragment. Es besitzt Jemand (possidebas) eine derelinquirte Sache, und gerade daraus, daß Pomponius bloß das possidere nicht aber das nothwendige Erforderniß des haberi putare anführt, geht hervor, daß er dies Erforderniß hier als nicht vorhanden annimmt. Entschieden leuchtet dies aus dem Gegensatze ein. Ein Anderer, sagt er, weiß, daß die Sache pro der. habita sei (ego sciens in ea causa esse). Aus dem Hervorheben dieses Umstandes muß doch natürlich geschlossen werden, daß jener possessor es nicht wußte. Aus diesem Nichtwissen leitet nun Pomponius die juristische Folge ab, daß die Sache nicht in bonis des possessor sei, und daraus folgt doch von selbst wieder, daß der sciens in ea causa esse, also hier der Käufer, sie sogleich in bonis hat, und in Folge dessen usucapiren kann.

Daß aber hier von einer vom wahren Eigenthümer derelinquirten Sache die Rede sei, geht einestheils aus den Worten: pro derelicto habitum hervor, indem doch Pomponius ebensowenig wie Paulus eine so bedeutende Undeutlichkeit Schuld gegeben werden kann, welche sich so leicht durch den Zusatz a non domino heben ließ. Anderntheils würde in dieser Voraussetzung eine völlige Unrichtigkeit liegen, indem Pomponius doch offenbar von dem scire und nescire die Frage abhängen läßt, ob ein in bonis vorhanden sei, oder nicht, wogegen, wenn ein non dominus derelinquirt hätte, überhaupt von einem in bonis nicht die Rede sein könnte. Endlich aber wird dies durch den folgenden Satz unmöglich, da wir doch dem Pomponius nicht überdem noch einen hinkenden Vergleich Schuld geben können. Er fährt fort: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est.

---

9) So auch in fr. 2. pr. eod.: si sciamus.

Offenbar soll dieser Fall ganz analog sein. Es wird auch hier das sciens vorausgesetzt, es wird ebenso das velle und concedere angenommen, welches nach dem gleich folgenden §. 1. auch in der derelictio liegt [10]) und so wird denn ausdrücklich hier der uxor das dominium zugesprochen. Danach mußte denn auch Pomponius in jenem Derelinquenten das dominium vorausgesetzt haben. —

Hiermit ist bewiesen, daß trotz der vom dominus vorgenommenen Dereliction, doch auf Seiten des Besitzergreifenden in Pomponius Zeit nur ein in bonis entstehen konnte. Da wir dies aus den obigen Gründen für die res nec mancipi nicht annehmen können, so bleibt nichts übrig, als daß Pomponius hier von den res mancipi gesprochen haben muß, was entweder aus dem Zusammenhange oder aus einer ausdrücklichen Bemerkung, die die Compilatoren strichen, hervorgegangen sein wird [11]).

Nur noch Eins muß in Beziehung auf die Dereliction hinzugefügt werden. Da sie ganz aus dem Gesichtspunkte der Tradition, also einer derivativen Erwerbart aufgefaßt wurde, so erklärt sich daraus die alte Ansicht des Proculus, der erst mit der Besitzergreifung das Eigenthum der Derelinquirenden als verloren annahm. Aber daß eine natürlichere Theorie sich nach und nach geltend machen mußte, braucht wohl nicht wei-

---

10) S. oben §. 40. Note 16.

11) Es ist nicht möglich, mit Sicherheit zu vermuthen, wie die Juristen in allen hieher gehörigen Fragmenten geschrieben haben mögen, da sich verschiedene Fälle denken lassen, von denen sie sprachen. So kann in fr. 2. pr. pro derel. es geheißen haben: Pro derelicto rem nec mancipi a domino habitam si sciamus, possumus acquirere; oder auch: Pro derelicto rem mancipi a domino habitam si sciamus, possumus usucapere. In diesem letztern Falle müßte es dann im §. 1. statt domini gestanden haben: in bonis.

Uns genügt, daß wir annehmen dürfen, die Juristen können nicht so geschrieben haben, als wir's in den Pandekten lesen, und daß wir wenigstens dem Sinne nach an die Stelle setzen können, was sie gemeint haben.

ter gerechtfertigt zu werden. Man konnte noch immer daran festhalten, daß die Dereliction eine traditio ad incertam personam sei, (wie ja noch Pomponius es so klar ausspricht) aber da man die Sache gar keiner bestimmten Person aufbewahren wollte, weßhalb das bisherige Eigenthum noch bis zur Besitzergreifung als fortbestehend denken?

Diese Ansicht, von Sabinus aufgestellt, wurde bald die allgemein herrschende[12]), wodurch denn die derelictio freilich den Charakter einer rein derivativen Erwerbart verlor, ohne damit aber eine rein originäre zu werden. Und jedenfalls war hier wieder noch ein Unterschied zwischen den res manc. und nec manc. von Bedeutung. Bei Letzteren konnte man ganz unbedingt den Eigenthumsverlust gleich mit der Dereliction annehmen[13]). Dagegen bei den res manc. konnte durch das Wegwerfen der Sache offenbar nur das in bonis aufgegeben werden, welches ja auch durch die traditio verloren ging, während das quiritische Eigenthum beim Derelinquenten bleiben mußte[14]). Hier trat dann gerade die Usucapion ein, um das in bonis und das dom. ex jure Quiritium wieder in der Hand des Besitzergreifenden zu vereinigen.

Auf diese Weise war die juristische Consequenz bewahrt, aber da doch in dem in bonis die materiellen Eigenthumsrechte völlig concentrirt sind, so konnte man auch bei den res manc. den eigentlichen Verlust des Eigenthums in die Dereliction setzen. — Es giebt einen Grund, um dessentwillen die Römischen Juristen allgemein die Ansicht des Sabinus annehmen mußten. Und dieser Grund wird auch ausdrücklich in fr. 43. §. 5. de furt. damit in Verbindung gebracht. Wenn eine Sache (manc.

12) Fr. 43. §. 5. de furt. fr. 2. §. 1. pro derel.

13) Davon hat wohl Ulpian in fr. 1. pro derel. gesprochen.

14) Nur von diesem Falle kann wohl eine andere Aeußerung desselben Ulpian verstanden werden, welche nun freilich für unser heutiges Recht anders zu interpretiren ist. Fr. 17. §. 1. de acq. vel am. poss. — Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult; possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere.

oder nec. manc.) derelinquirt war, so mußte es doch widersinnig erscheinen, daß nun noch gegen den Derelinquenten ein furtum begangen werden könne, da ja gerade in der Dereliction der animus liegt, daß ein Jeder die Sache an sich nehmen dürfe (eaque, quum quis pro derelicto habeat, simul intelligitur, voluisse alicujus fieri). — Und umgekehrt konnte man nun auch nach der Dereliction die actio furti nicht mehr gegen den Derelinquirenden gestatten, welche entsteht, wenn der servus (also eine res mancipi) ein furtum begangen hat, und in Folge dessen derelinquirt worden ist [15]).

6) Es muß zuletzt noch kurz von einem Falle gesprochen werden, aus dem man häufig das ganze in bonis abgeleitet hat, nämlich von dem Eigenthum in den Provinzen. Es begreift dies sowohl das Recht am ager provincialis, als auch die bewegliche Habe der Provinzialen. Aber daß dies unter ganz anderen Gesichtspunkten steht, als das Römische in bonis, scheint mir leicht gezeigt werden zu können. Die ganze Theorie des in bonis beruht auf der divisio dominii, wie Gaius sagt, wogegen er ausdrücklich II. 40. bemerkt: apud peregrinos unum esse dominium, wogegen natürlich nicht das ebenfalls von Gaius II. 7. erwähnte staatsrechtliche Eigenthum des populus Romanus am solum provinciale eingewandt werden kann. — Die ganze Theorie vom in bonis hängt genau mit der usucapio zusammen, davon ist in den Provinzen nicht die Rede, und überhaupt sind die einzelnen Fälle des in bonis so ausschließlich aus besonderen Verhältnissen des Civilrechts hervorgegangen, daß für eine Einwirkung und einen juristischen Zusammenhang mit dem Peregrineneigenthum gar kein Platz ist, daß also auch die Rechts-

15) Fr. 38. §. 1. de noxal. act. (Freilich muß Julian statt: quia statim meus esse desinit wohl geschrieben haben: statim in bonis meis esse desinit). Uebrigens durfte noch nicht lis contestirt sein. Arg. fr. 37. eod. — Eine besondere Frage ist dabei noch, ob durch Dereliction der Sache auch die darauf gelegten dinglichen Lasten untergehen? Die bei weitem meisten Gründe mögten wohl für die Verneinung sprechen. Aber es sind lauter Gründe, welche zugleich zeigen, daß Dereliction in gewisser Weise noch heute eine derivative Erwerbart ist.

mittel zum Schutz des Einen und des Anderen von durchaus verschiedener Natur sein müssen. Allerdings hatten Beide das gemein, daß sie nicht quiritisches Eigenthum sind, aber dabei waren sie doch völlig zu trennende Fälle des natürlichen Eigenthums.

§. 43. III. Mit einigen Fällen des in bonis hängt, obgleich noch wesentlich verschieden, doch genau zusammen die Entstehung des fingirten Eigenthums für den bonae fidei possessor (Publiciana actio). Der Prätor Publicus gestattete nämlich gegen das Ende der Republik, oder unter Augustus — einem Jeden der in conditione usucapiendi ist, eine in rem actio; und es ist bekannt, daß sie auf der Fiction der vollendeten Usucapion, also als Schutz für ein fingirtes Eigenthum errichtet ist [1]).

Es scheint mir mit ziemlicher Sicherheit bewiesen werden zu können, daß dies auch die fictitia actio dessen gewesen ist, der in Folge einer Tradition oder Dereliction des dominus eine res mancipi in das natürliche Eigenthum erhalten hatte. Aus folgenden Gründen:

1) Wenn man das Recht des Empfängers einer res mancipi überhaupt durch eine Klage schützen wollte, so liegt nichts näher, ja man mögte sagen, daß die Römer auf nichts Anderes kommen konnten, als auf die Fiction der vollendeten Usucapion. Das eigentliche in bonis gab es ja in diesem Falle erst seit Einführung einer gegen Jeden zu verfolgenden Klage. Vorher bestand nur eine zur Usucapion führende bon. fid. possessio, und es ist oben entwickelt (§. 42. Note 2.) daß das in bonis überhaupt nichts Anderes ist, als das nach allen Seiten (also auch durch Klage) gesicherte Recht, usucapiren zu dürfen. Konnte denn also diese Klage wohl

---

1) Gai. IV. 36. fr. 1. §. 1. de Publ. act. — Merito Praetor ait: nondum usucaptum; nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam. Deßhalb ist sie aber auch jener ganz nachgebildet. Fr. 7. §. 8. eod.: In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

auf etwas Anderes gebaut werden, als auf die Fiction der vollendeten Usucapion?

Wir sind hier in der Lage, daß wir im Römischen Recht eine Klage finden, welche nach ihrer inneren Structur vollkommen mit diesem Falle des in bonis zusammenpaßt, während wir von einer anderen für das in bonis eingeführten Klage keine Spur haben [2]). Der Schluß daraus ergiebt sich von selbst.

2) Es ist häufig eingewandt worden, die Publ. act. könne nicht die Klage für das in bonis gewesen sein, da wir in fr. 1. pr. de Publ. act. noch die Edictsworte besäßen, welche ganz entschieden die Klage auf die Tradition a non domino beschränkten. Allein es ist eben so oft hierauf, und mit vollem Recht geantwortet worden, daß diese Worte für interpolirt zu halten seien.

Einestheils scheint mir unläugbar, daß die Edictsworte nur den singulären Fall der emtio und der darauf erfolgten Tradition betroffen habe. Wie soll es sonst zu erklären sein, daß fr. 7. §. 16. h. t., wo keineswegs ein Beispiel gegeben werden soll, nur von dem Falle des Kaufs die Rede ist [3]), daß im §. 11. desselben Fragments die Worte qui bona fide emit aus dem Prätorischen Edicte referirt werden, welche doch die Anfangsstelle dieses Titels nicht enthält? Ferner erkennen wir in der Erörterung der Römischen Juristen noch ganz deutlich, daß erst durch sie die Publiciana von einem singulären Fall auf andere analoge ausgedehnt worden ist, und dieser singuläre Fall ist wieder die emtio [4]). Wenn das Edict selbst

---

2) Die von Hugo zuerst aufgestellte Idee, daß die petitoria formula mit Hinweglassung der Worte ex jure Quiritium die fragliche Klage sei, hat so Vieles gegen sich, daß auch ihr Auctor sich von ihr als einer „schwerlich" richtigen wieder abgewandt hat (Hugo R. G. S. 523. Z. 14 ff.), obgleich Andere noch daran festhalten. (Mayer Zeitschr. f. gesch. R. W. VIII. S. 17. Vangerow Leitfaden I. S. 476.) Weiter als mittelbar durch die Beweisführung im Texte kann ich mich auf diese Frage nicht einlassen. S. Walter R. G. S. 591. Note 48. und Puchta Inst. II. S. 600 ff. vgl. oben §. 39. Note 9.

3) „Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita."

4) Fr. 3. §. 1. h. t. — Et non solum emtori bonae fidei com-

schon allgemein gelautet hätte, so würde ja eine solche Darstellung gar keinen Sinn haben. Endlich aber wird dies entschieden durch die ächte Quelle des Gaius IV. 36 bestätigt. Er sagt:

datur autem haec actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit.

Also hier, wo er die practische Anwendbarkeit der Klage darstellt, hütet er sich wohl, bloß von der emtio zu sprechen, dagegen ist die Formel die er gleich darauf anführt, gerade auf diesen Fall gestellt [5]). Wie kann dies besser erklärt werden, als daß gerade hiervon das Edict sprach?

Und endlich was ist natürlicher, als daß Justinian, nachdem durch die Juristen die Klage eine so viel weitere Ausdehnung erhalten hatte, danach auch die Edictsworte umänderte, da es ihm doch auf historische Genauigkeit nicht ankam.

Wenn wir also von der einen Seite das Edict für enger halten müssen, als wir es in fr. 1. h. t. lesen, so muß es in anderer Beziehung wieder weiter gewesen sein, so daß wir die Worte non a domino für einen Zusatz Justinians zu halten haben. In dem ganzen Titel de Publ. act. wird die Begründung der Klage nur auf das Tradirtsein ex justa causa gestellt, also für die Abfassung der Klage war es noch ganz einerlei, ob die Sache vom dominus oder non dominus tradirt war. Damit ist nicht gesagt, daß der dominus

petit Publiciana, sed et aliis etc. Die Worte ex justa causa können dennoch schon im Edict gestanden haben, da sie wie dies eben citirte fr. 3. §. 1. beweist, zu petet gehören. Das Edict hat vielleicht so gelautet: Si quis, qui bona fide emit, id quod ei traditur, ex justa causa et nondum usucaptum petet, judicium dabo. — Also die petitio soll nicht bloß auf die traditio, sondern auch auf die justa (emtionis) causa gestellt sein, quia nemo sibi causam possessionis mutare potest. — Diese Worte ex justa causa waren aber gerade dazu geeignet, daß die Juristen die Klage nicht auf die emtio einschränkten.

5) L. c. — „judex esto, si quem hominem AA. emit, isque ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure Quiritium esse oporteret" etc.

sich gegen die Klage nicht hätte schützen können. Es ist vielmehr ausdrücklich anerkannt, daß ihm die exceptio justi dominii zustand [6]. Wer aber die Römische Theorie von den Exceptionen kennt [7]), wird darin den sicheren Beweis finden, daß, da hier eine exceptio gegeben wurde, nicht schon für die Begründung der Klage darauf Rücksicht genommen werden konnte, ob vom dominus oder non dominus tradirt sei. Wenn die Publ. act. darauf gestellt gewesen wäre, daß a non domino tradirt sei, so würde die Behauptung des Gegners, er sei dominus, ein Läugnen des Klaggrundes, aber keine exceptio gewesen sein. Den Compilatoren ist es freilich kaum zuzurechnen, daß sie nicht einsahen, die Aufnahme der Worte non a domino in das fr. 1. sei ein Widerspruch gegen die letzten beiden Fragmente desselben Titels [8]).

3) Häufig wird gegen die hier vertheidigte Ansicht noch der Grund angegeben, es habe allerdings, wer das in bonis hatte, auch von der Publ. act. Gebrauch machen können, aber dies sei doch immer nicht die Klage, welche man unmittelbar für das in bonis habe einführen müssen.

Aber hiermit kommen wir auf das zurück, was oben gesagt wurde, daß es nämlich eine petitio principii ist, für das in bonis ganz eigens organisirte Rechtsmittel vorauszusetzen. Ebenso wie wir früher gezeigt haben, daß die rei vend. et trad. exc. das Schutzmittel für gewisse Fälle des in bonis, aber freilich nicht bloß für dieses war, so wird auch hier dasselbe für die Klage angenommen werden dürfen. Und zwar läßt sich hier nach dem eben unter № 2. Bemerkten ein innerer historischer Zusammenhang zwischen jener exc. und der act. Publiciana entdecken. Wenn auch die Letztere von den Juristen viel weiter ausgedehnt wurde, so ging doch ihre ei-

6) Fr. 16. u. 17. h. t.

7) Vergl. bes. Savigny System V. S. 160 ff.

8) So ist denn auch in der Conception der Klagformel bei Gaius (Note 5) keine Spur einer Rücksicht auf den dominus. — Die von Mayer a. a. O. S. 22. gegen das im Text Angenommene vorgebrachten Gründe haben mich nicht überzeugen können. Ich kann aber auf deren Widerlegung hier nicht weiter eingehen.

gentliche Conception auf Verkauf und Tradition, also sie hat durchaus dieselbe Grundlage wie die rei venditae et traditae exc. Denselben Umfang nun, den wir der exceptio zugestehen, müssen wir auch der actio anweisen. Ich glaube gezeigt zu haben, daß die Publ. act. ohne alle Rücksicht, ob a domino oder a non domino tradirt worden war, concipirt wurde. Also sie konnte in beiden Fällen angestellt werden. Wenn nun Jemand die Sache a non domino erhalten hatte, und dann gegen den wahren dominus klagte, so schadete ihm allerdings die exceptio dominii. Wenn er sie dagegen vom dominus bekommen, und nun von ihm die nochmalige Herausgabe verlangte, so konnte freilich dieser ebenfalls die exceptio justi dominii vorschützen, da eine traditio der res mancipi das quiritische Eigenthum nicht aufhören macht. Aber da reus in excipiendo actor est, so mußte doch hier für den excipirenden dominus dieselbe Lage entstehen, wie wenn er gegen den Empfänger die Vindication anstellte. Also wie gegen diese die exceptio rei venditae et traditae gegeben worden wäre, so mußte hier gegen die exceptio dominii die replicatio rei vend. et trad. eintreten [9]).

---

9) Fr. 4. §. 32. de doli mali exc. (vergl. fr. 72. de rei vind.) — Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres exstiterit, et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit, Julianus ait, aequius esse Praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur, et si ipse eum possideret, et Publiciana peteres adversus excipientem: „si non suus esset," replicatione utereris, ac pro hoc intelligeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet. Diese Stelle scheint mir, wenn sie auch an sich von einem anderen Falle spricht, doch namentlich wegen der Endworte für das im Text Gesagte vollkommen entscheidend. — Der spätere Eigenthumserwerb soll auf die frühere Veräußerung retrotrahirt werden, so daß also der Tradent schon durch diese Veräußerung sein in bonis verloren hat, es mithin bei der zweiten Veräußerung gar nicht mehr übertragen kann.

Der erste Empfänger kann sich demnach durch eine replica doli

So war durch einen einfachen Mechanismus völliger Schutz für das in bonis vorhanden, und sollen wir nun doch annehmen, daß der Prätor, bloß um sagen zu können, es gebe auch einen eigenen Schutz für diesen Fall des in bonis (denn auf alle Fälle ist es ja nicht anzuwenden) noch eine besondere Klage eingeführt habe?

Wenn es hiemit als gerechtfertigt erscheint, der Publiciana act. ganz das Gebiet der rei venditae et traditae exc. zuzuweisen, also sie gleichmäßig für die Klage des bonae fidei possessor und des natürlichen Eigenthümers einer tradirten res manc. zu halten, so wird doch wohl Niemand uns den Vorwurf machen, daß wir das in bonis in eine reine bon. fid. possessio verwandelten. Daß sich beide Rechtsverhältnisse genau unterscheiden, ist bekannt[10]), und die Public. act. ist gerade eine Klage, welche, da sie auf das Recht des Tradenten keine Rücksicht nimmt, gleichmäßig auf die bon. fidei poss. und das in bonis paßt, und also nicht vorzugsweise für das Eine oder das Andere eingeführt sein kann. Das Recht des Tradenten kommt erst durch die exceptio zu Tage, und dadurch scheidet sich denn auch das Verhältniß der bon. fidei poss. von dem in bonis, indem diesem noch eine replica zur Seite steht, welche bei jener nicht anwendbar ist.

Jetzt können wir nun auch leicht das Endresultat unserer ganzen Untersuchung ziehen. Die Publiciana actio ist gewiß erst am Ende der Republik oder im Anfange der Kaiserzeit aufgestellt[11]). Also die traditio einer res mancipi, und alle

---

(oder rei vend. et tr.) schützen, und es wird dies ausdrücklich mit der exceptio gegen die Klage des Tradenten als gleichartig zusammengestellt. Da aber dieser ganze Schutz gegen den dominus daraus abgeleitet wird, daß der Empfänger durch das spätere Erbewerben des Tradenten das in bonis erhalten habe, so müssen doch auch dieselben Schutzmittel bestanden haben, wenn dem Empfänger gleich von Anfang an das in bonis zustand, weil der Tradent schon bei der Tradition Eigenthümer gewesen war.

10) S. z. B. Ulp. fr. XIX. 20 u. 21.

11) Hugo R. G. S. 525.

Fälle, welche sich analog an diese anschließen, sind erst um diese Zeit der Grund eines natürlichen Eigenthums geworden. Da nun die bon. poss. den einzigen Fall des in bonis enthält, welcher schon vor dieser Zeit bestanden hat, so folgt, daß es gerade die bon. possessio gewesen sein muß, welche den Begriff des natürlichen Eigenthums hervorgerufen hat.

II. Die in der b. p. als einer justa possessio liegenden Rechte.

§. 44. Das in bonis setzt immer die Befugniß zur Usucapion voraus, aber nicht umgekehrt erfordert die Usucapion stets ein in bonis, vielmehr muß nur eine bon. fid. possessio vorhanden sein, welche implicite auch in dem natürlichen Eigenthum enthalten ist.

Also liegt in der b. p. nicht bloß deßhalb ein Recht zur Usucapion, weil sie in gewissen Fällen cum re ist, und das in bonis gewährt, sondern auch wenn sie zur sine re werden kann, ist sie ein von der Autorisation des Prätors ausgegangener Besitz, eine bonae fidei possessio, die daher stets die Berechtigung zur Usucapion mit sich führen muß. Aber da wir es hier mit dem Besitze einer Erbschaft zu thun haben, so gestaltet sich in Folge der eigenthümlichen pro herede usucapio der Grund zur Ersitzungsbefugniß noch ganz anders. Vor Hadrian nämlich durfte sich Jedermann die Erbschaft aneignen und usucapiren, es war ein justus titulus dazu gar nicht weiter erforderlich, also der bon. possessor hat dasselbe Recht gar nicht erst aus dem Grunde der justa possessio, sondern lediglich schon in Folge der Besitzergreifung und in Gemäßheit der civilrechtlich erlaubten pro herede usucapio. Da diese nun aber früher eine Ersitzung des Erbrechts selbst, und später nur der res hereditariae enthielt, so entstehen daraus für die b. p. drei Fragen.

Entweder gewährt nämlich die b. p. eine Ersitzung der hereditas selbst und hat diesen Charakter behalten, auch nachdem die pro her. us. nicht mehr in dieser Weise bestand,

oder sie enthielt von Anfang an nur die Ersitzungsbefugniß für die einzelnen res hereditariae, oder endlich kann sie früher eine Usucapion des Erbrechts dargeboten und sich dann zugleich mit der pro her. us. in eine Ersitzung des res singulae verwandelt haben.

Was von diesen drei Möglichkeiten das Richtige sei, ist an eine Widerlegung der Ansicht Huschke's [1]) anzuknüpfen, welcher Schriftsteller aus der Usucapionsbefugniß des bonorum possessor die ganze Entstehung des Institutes ableitet. Mit Recht bemerkt darüber v. Vangerow [2]), es sei zu bedauern, daß Huschke, durch den engen Raum einer Recension abgehalten worden, seine Hypothese genauer zu begründen. Indem dabei gar Manches in Betracht Kommende unerwähnt geblieben ist, wird der Boden für eine Widerlegung schlüpfrig und schwer zu betreten.

Huschke beginnt mit einer allgemeinen mehr philosophischen Bemerkung. Es bestehe im Römischen Rechte der eigenthümliche Gegensatz von dem Innerlichen, dem eigentlich Rechtlichen, und dem Aeußerlichen, welchen die beiden Organe des civilen und prätorischen Rechts entsprächen. Ebenso wie sich dies beim Eigenthume in der Zersplitterung in das ex jure Quiritium und das in bonis esse zeige, so lasse sich diese doppelte Seite auch bei der Erbschaft durchführen. Entweder nämlich bilde sie die familia, welche nur durch das Civilrecht ex testamento oder lege deferirt werden könne, oder sie werde nur als äußerliches Vermögen (bona) aufgefaßt, das an sich noch keinen Herrn habe, also von Anderen in Besitz genommen werden dürfe, und durch annua usucapio das Recht der Erbschaft selbst gewähre.

Mir scheinen dergleichen allgemeine Abstraktionen in allem Rechtshistorischen sehr gefährlich, indem sie so leicht dazu führen, in die vorgefaßte Theorie das Gegebene hineinzuzwängen, und so das Individuelle der einzelnen Rechtsverhältnisse um einiger gemeinsamen Gesichtspunkte willen in Schatten zu stellen. — An sich ist jener von Huschke aufgestellte Gegensatz

1) Richtersche Jahrb. 1839. S. 11 – 15.
2) Leitfaden II. S. 13.

des Innerlichen und Aeußerlichen nichts Anderes, als was man nur in anderen Worten als den Charakter des Prätorischen im Gegensatz des Civilrechts anzugeben pflegt. Das Civilrecht ist der Inbegriff alles in früherer Zeit bei den Römern allein geltenden Rechtes. Also was später vom Prätor eingeführt wurde, war vorher außer dem Rechtsgebiete gelegen, also nur ein Complex äußerlicher, factischer Verhältnisse, denen die innere Rechtlichkeit fehlte. Indeß ist dabei zweierlei wohl zu bemerken, einestheils, daß auch schon das Civilrecht vielerlei an sich rein factische Verhältnisse kennt und schützt, wie ja gerade hier Huschke seiner Theorie bereits untreu werden muß, indem das äußerliche Besitzen und Usucapiren der bona vollkommen ein Institut des Civilrechts war. Anderntheils aber verlor doch das, was der Prätor unter bisher nicht geltende Rechtsregeln stellte, eben dadurch den Charakter des Factischen, es wurde ein Innerliches, Rechtliches. Ich will hier nicht darauf eingehen, ob man nicht dem dominium ex jure Quiritium, welches bis zur Usucapion noch neben dem in bonis fortbestand, sehr viel mehr den Charakter des Aeußerlichen und dagegen dem in bonis den des innerlich Rechtlichen beilegen könne. Nur das muß ich hier hervorheben, wie Huschke in der Entwicklung des Ursprungs der b. p. nothwendig den Punkt, von dem er gerade ausgeht, inconsequent verlassen muß. Indem sich nämlich schon im Civilrecht die höchste Potenz des bloß äußerlichen grundlosen Usucapirens findet, so kann man die b. p., wenn man sie hieran überhaupt anknüpfen will, nur so auffassen, daß sie für das bisherige grundlose Besitzen der Erbschaft einen Grund, also ein Innerliches eingeführt habe. Und so sagt Huschke selbst der Prätor habe „bei dieser improba possessio die dem Rechte zugekehrte Seite aufrecht erhalten.“ Dann aber kann man doch dies Prätorische Recht nicht das Aeußerliche, das dem Innerlichen, eigentlich Rechtlichen, Entgegengesetzte nennen [3]).

Die Art, wie nun Huschke die b. p. an die pro herede

---

3) Hiernach scheint mir auch beurtheilt werden zu müssen, was Huschke über die Vertheilung der Beute sagt. Im Allgemeinen enthält dieser Fall aber wohl Nichts, was für die Gestaltung der b. p. etwas bewiese.

usucapio anknüpft, ist folgende. Meistens habe ohne Zweifel der wahre heres den Besitz des Nachlasses ergriffen [4]. Aber ungefähr seit der lex Licinia de modo agri (388), welche überhaupt einen Wendepunkt zum Ueberwiegen des Aeußerlichen hin in der Röm. R. G. bilde, habe die Gewinnsucht sich über Religion und Ehrenhaftigkeit zu erheben angefangen, es hätten sich jetzt unberechtigte Dritte der Erbschaft bemächtigt. Dadurch sei die pro herede usucapio eine improba geworden [5], und so habe der Prätor interveniren müssen. Er habe jetzt die pro herede usucapio neu geregelt, und die b. p. sei ursprünglich nichts Anderes, als eben die Prätorische Verleihung der pro herede usucapio, welche anfangs wohl ohne Weiteres durch Einweisung in den Besitz (bona possidere), später durch Aufstellung eines Rechtsmittels zur Erlangung des Besitzes (des Int. quor. bon.) beschafft worden sei. Dadurch habe der Prätor dreierlei Zwecke erreicht, nämlich die Verhütung einer Zersplitterung des Vermögens, die Ertheilung des Vermögens an den Würdigsten (s. darüber oben §. 25. Text zu Note 5 u. ff.), und die Berichtigung der sacra und der Schulden, weßhalb denn auch unter den berufenen würdigen Competenten eine Reihenfolge (successorium edictum) habe aufgestellt werden müssen.

Aus der Zusammenhaltung dieser Ansicht mit der von mir über den Ursprung der b. p. gegebenen, geht hervor, daß ich den ersten und dritten dieser Zwecke, für vollkommen richtig erkenne. Aber wenn Huschke die wahre Bedeutung derselben verfolgt hätte, so würde sich daraus, wie ich meine, von selbst ergeben haben, daß seine eigentliche Ansicht über den Ursprung der b. p. nicht haltbar sei. Ich glaube es oben nachgewiesen zu haben, daß die b. p. keine Verleihung an den persönlich Würdigsten, sondern an die Klassen des Civilrechts war, daß

---

4) Die Bedeutung der pro herede usucapio wird hiebei von Huschke ebenso aufgefaßt, wie dies oben von uns gethan ist, nämlich als ein Mittel, daß Creditoren und Pontifen (wegen der sacra) baldmöglichst befriedigt würden, und es kann auch wohl nach Gaius (II. 55.) klaren Worten hierüber kein Zweifel mehr bestehen.

5) In wie weit dies richtig sei, ist oben entwickelt worden.

sie also nicht hauptsächlich die Aufstellung neuer Erbprätendenten enthielt, welche dann nur nebenbei in eine bestimmte Reihenfolge (successorium edictum) rangirt worden wären, sondern daß sich alle Regeln über die subjective Berechtigung zur b. p. lediglich in dem successorium edictum concentriren, welches in Beziehung auf die civilrechtlichen ordines proponirt wurde. Auf diese Punkte braucht also auch nicht weiter mehr eingegangen zu werden. Hier ist darzuthun, daß auch die objectiven in der b. p. ursprünglich enthaltenen Rechte von Huschke nicht wohl erfaßt sind. — Er spricht es freilich nicht deutlich aus, aber dennoch muß er es ohne Zweifel annehmen, daß die b. p. zu einer Zeit eingeführt sei, in welcher die pro herede usucapio noch in ihrer ältesten Gestalt, als eine Ersitzung des Erbrechts selbst, bestand. Denn nur so lange folgte daraus die Verpflichtung zur Zahlung der Schulden und (abgesehen von dem Pontifenedicte) zur Leistung der sacra, und Beides wollte ja der Prätor erreichen, indem er nach Huschkes Meinung die b. p. als pro herede usucapio verlieh. Es ist nun schon oben (§. 17.) dargestellt worden, daß diese Auffassung unzulässig sei, indem man entweder, was aber unmöglich ist, in der b. p. auch noch für die spätere Zeit diese Usucapionsbefugniß des Erbrechts wiedererkennen müßte, oder eine wesentliche Umgestaltung der b. p. anzunehmen hätte, wodurch sie aus einer Verleihung der pro herede usucapio zu dem geworden wäre, was sie später war. Letzteres namentlich scheint Huschkes Ansicht zu sein, aber da ihr Quellenaussprüche nicht zur Seite, ja vielmehr entgegenstehen, da eine innere Wahrscheinlichkeit, so viel ich einzusehen vermag, dafür nicht zu finden ist, so darf damit unser Gegner schon als widerlegt angesehen werden. Es ist aber hier noch ein letzter Grund hinzuzufügen.

Daß die b. p. ursprünglich nur die Verleihung eines Usucapionsbesitzes war, gewinnt einigen Schein durch das Rechtsmittel, welches wir auch noch in späterer Zeit finden, das Int. quor. bon., welches adipiscendae possessionis ist. Und so nimmt denn auch Huschke an, daß dies Interdict, welches an die Stelle der directen Einweisung in den Besitz getreten war, das genügende und alleinige Rechtsmittel für die ursprüngliche

Gestalt der b. p. gewesen sei. Aber damit zerfällt wieder die ganze Theorie, indem sich die b. p., welche doch eine Ersitzung der ganzen Erbschaft sein sollte, natürlich auch auf die ganze Erbschaft erstrecken mußte. Wir werden nun später sehen, daß sich das Int. quor. bon. gar nicht als Universalklage auf die ganze Erbschaft bezieht, daß es nicht auf Forderungen und Schulden geht, und so würden denn die beiden Zwecke, welche Huschke selbst angiebt, nämlich die Bewahrung der einheitlichen Natur der bona und die Befriedigung der Gläubiger gar nicht erreicht sind.

Die strenge Verfolgung dieser Zwecke führt also darauf, daß wir die b. p. nicht an die Usucapion der hereditas anknüpfen [6]), sondern bei ihr, so lange sie überhaupt bestanden hat, nur eine Usucapion der res hereditariae, also der einzelnen körperlichen Erbschaftssachen, annehmen dürfen, und damit verschwindet denn alle Möglichkeit, die Absichten des Prätors aus der Ertheilung einer Usucapionsbefugniß erklären zu können. Vielmehr haben wir ein Anderes als das Grundprincip der b. p. unterzulegen, die Fiction des Erbrechts, neben der die Usucapionsbefugniß der körperlichen Sachen, wenn sich deren in der Erbschaft fanden, als etwas Accidentelles bestand. Es würde nämlich dieselbe schon nach den gewöhnlichen Regeln der Usucapion aus der Prätorischen Verleihung des fingirten Erbrechts folgen, und alsdann wäre sie allerdings etwas mit dem Grundprincipe der b. p. Zusammenhängendes. Sie würde dann in zwei Jahren das Eigenthum an fundi, in einem Jahre an den übrigen Sachen gewährt haben. Aber da, wie Gaius (II. 54.) sagt, bis auf Hadrian tamen in omnibus rebus hereditariis annua usu-

6) Es ist oben (§. 17.) schon hervorgehoben worden, daß doch wahrlich der Prätor, wenn er die Creditoren schützen wollte, nicht ein Institut aufgestellt haben wird, welches in sich selbst, abgesehen von den Agnitionsfristen, noch wieder den Aufschub eines Jahres (bis zur Usucapion) enthielt, und noch außerdem davon abhing, daß der Besitz der Erbschaft nicht wieder unterbrochen werde. Wir dürfen uns doch den Prätor nicht so Gedanken-arm vorstellen, daß er nicht ein Mittel gewußt hätte, den b. possessor gleich von der Verleihung an, den Creditoren für verhaftet zu erklären.

capio remansit, so verstand es sich von selbst, daß dies dem b. possessor eben so sehr zu Gute käme, wie Jedem Anderen. Indeß liegt darin auch schon, daß dies gar keine, aus dem Rechte der b. p. fließende Befugniß ist.

Endlich ist hiermit denn auch festgestellt, daß in dem Usucapionsrechte gar keine Ausschließung der hereditatis petitio liegt, welche, um die b. p zur sine re zu machen, auch nachdem der b. possessor schon über ein Jahr im Besitz ist, angestellt wird. Allerdings können die einzelnen bereits usucapirten Sachen jetzt nicht mehr gefordert werden, aber einestheils ruht dies Recht zur Zurückbehaltung der Sachen gar nicht direct auf dem Rechte zur b. p.; und anderntheils fordert der Kläger mit der her. pet. gar nicht direct diese Sachen, sondern Anerkennung seines Erbrechtes. Deßhalb mußte sie denn auch nach Ablauf des Jahres noch angestellt werden können, und das Resultat war, daß Alles zur Erbschaft Gehörige, woran keine wahre possessio möglich ist, sowie alle körperlichen Sachen, welche der b. possessor erst später in Besitz bekommen und noch kein Jahr besessen hatte, auf den siegenden Kläger übergingen [7]).

III. Die in der b. p. als Fiction des heres, enthaltenen Rechte.

§. 45. Wir gelangen nunmehr zu der dritten, der wichtigsten Frage, welche Rechte nämlich dem b. possessor als fingirtem heres zustanden? Mit Absicht haben wir dieselbe die letzte sein lassen, damit aus der Erörterung der übrigen sich schon von selbst entwickelte, daß in ihr der Hauptpunkt, das Grundprincip der b. p. enthalten sei. Wir werden also, da uns in dieser Hinsicht keine Abschweifungen und Widerlegungen entgegenstehender Ansichten mehr obliegen, mit desto

---

7) Danach versteht sich auch von selbst, daß das bei der b. p. cum re vorhandene in bonis sich nur auf die Sachen, welche besessen und usucapirt werden können, also auf die körperlichen res hereditariae bezog.

größerer Schärfe und Deutlichkeit dem eigentlichen Kern unseres Institutes uns zuwenden können.

Hier ist denn auch der Ort, wo der Name: **bonorum possessio** seine Erklärung finden kann, da das Vorhergehende schon genügende Hinweisungen auf dieselbe enthält. — **Bon. poss.** dürfen wir nicht übersetzen und verdeutlichen wollen durch: Besitz der Erbschaftsgüter, wie dies Huschke meint, wenn er sagt, die **b. p.** sei die Prätorische Hülfe für das schon längst bestehende **bona possidere** gewesen. Der Ausdruck bedeutet vielmehr die **possessio**, d. i. die factische Ausübung des **jus heredis**. Deßhalb hieß sie ursprünglich wohl allein **hereditatis possessio**, wie sie wenigstens noch von Cicero genannt wird [1]), so wie ja auch im Edicte stand: **hereditatem dabo** oder **possessionem dabo**, bei welchem Letzteren gewiß nicht **bonorum** sondern: **hereditatis** zu suppliren ist. Und so wird denn auch die Erklärung des Prätors gegen den Agnoscirenden anfangs immer gelautet haben: **do tibi hereditatem** oder **hereditatis possessionem.**

Dieser den Sinn der Sache viel richtiger wiedergebende Ausdruck wurde nun aber nach Ciceros Zeit fast ganz verdrängt [2]), und es trat die Bezeichnung **bonorum possessio** an die Stelle. Der Grund dafür scheint mir ziemlich nahe zu liegen. — Der welcher der **pro herede usucapio** gemäß, die Erbschaft oder einen Theil davon sich verschafft hatte, um sie zu ersitzen, konnte nicht wohl anders als **hereditatis possessor** genannt werden [3]). Hier bedeutete nun freilich das Wort **hereditas**, seit der zweiten Periode der **pro herede usucapio**, nur die Erbschaftssachen; bei dem Prätorischen Institute dagegen hat **hereditas** die zweite Bedeutung des **jus successio-**

1) S. oben §. 24. Note 2. §. 19. Note 1.

2) Er findet sich auch noch bei Labeo, der aber schon den anderen Namen daneben stellt. „**Hereditatis autem bonorumve possessio ut Labeo scribit.**" **Fr. 3. §. 1. de b. p.**

3) Die Ausdrücke **pro herede** oder **pro possessore possessores** beziehen sich, wie oben (§. 6) entwickelt ist, nur auf den Erbschaftsproceß. Im Allgemeinen sind sie beide **hereditatis possessores.** — In solchem Sinne finden wir den Ausdruck noch in den Pandekten, z. B. **fr. 17 u. 18. de her. pet.**

nis. Gerade wegen dieser zwei Bedeutungen des Worts **hereditas** mußte auch der Ausdruck: **hereditatis possessio** zweideutig sein und zu Verwechselungen Anlaß geben. So lange das Römische Rechtsleben noch ohne Absonderung einer eigentlichen Rechtswissenschaft bestand, war dieser Mangel weniger fühlbar; als aber theoretische Entwicklungen in Schriften häufiger wurden, mußte man ganz nothwendig darauf kommen, für das Prätorische Institut ein eigenes Kunstwort festzustellen, und da war **bonorum possessio** das sich von selbst darbietende, obgleich das rechtliche Hauptmoment nicht direct dadurch ausgedrückt war [4]). Wußte doch ein Jeder, daß **bonorum possessio non uti rerum possessio accipienda est**; daß sie **juris magis quam corporis possessio** sei; daß die Befugniß zur eigentlichen **rerum hereditariarum possessio** freilich mittelbar darin begriffen sei, daß aber auch ohne alles **corporale** in der **hereditas** dennoch eine **b. p.** sehr wohl bestehe [5]). Mithin leuchtet ein, daß hier **bona** ganz und gar im Sinne von **hereditas**, als **jus successionis** gebraucht ist, wie ja auch Labeo (Note 2) ausdrücklich Beides als gleichbedeutend neben einanderstellt. Indeß ist nicht zu verkennen, daß für die das Römische Recht nachstudirenden Juristen der unpassende Ausdruck **b. p.** sehr geeignet war, auch unklare und unrichtige Vorstellungen von der Sache zu erzeugen.

So führt uns also auch der Name, nach seinem richtigen Verständniß, darauf, daß in der Verleihung der **b. p.** die Fiction des **jus heredis** gelegen habe [6]). Welche ein-

4) Anderntheils wurde dieser Ausdruck auch von ganz anderen Fällen gebraucht (Fr. 5. §. 1. quib. ex caus. in poss. eat. 42. 4.), wofür indeß die Umkehrung: possessio bonorum häufiger war.

5) Fr. 3. §. 1. de b. p. — Nur bei der Verleihung an den heres, welcher von Anfang an sein Civilrecht beweisen kann (s. S. 215), also in dem Falle, wo der selbständige Begriff der b. p. nicht zum Vorschein kommt (S. 221. Note 14.), bedeutet der Ausdruck b. poss. bloß den durch den Int. quor. bon. zu erlangenden Besitz der Erbschaftsgüter.

6) Und zwar kann nun auch nach dem Bisherigen mit Sicherheit angenommen werden, daß diese Fiction sich nicht etwa (wie bei der Publ. act.) auf die Vollendung der Usucapion bezieht, weil Beide auf ganz verschiedenen Gebieten bestehen. Die Usucapion geht auf die einzel-

zelne Befugnisse damit verknüpft waren, geht aus der Darstellung der einzelnen Rechtsmittel hervor, welche dem b. possessor zustanden. Zu ihnen haben wir jetzt überzugehen.

1) Die fictitiae actiones.

§. 46. Wenn der Prätor den b. possessor als fingirten Erben aufstellt, so erlaubt er ihm damit, in jeder Hinsicht sich als heres zu geriren. Derselbe konnte, wie dies schon oben bei seiner Restitutionsverbindlichkeit gegen den heres berührt worden, Sachen aus der Erbschaft frei veräußern, Vermächtnisse auszahlen, Pontifen und Creditoren befriedigen. Und zwar stand um dieser Forderungen willen den berechtigten Personen eine fictitia in personam actio gegen den b. possessor zu, sowie auch fremde Sachen die sich in der Erbschaft befanden, mit einer fictitia in rem actio eingeklagt werden konnten [1]). Dies Alles ist es, was Ulpian in fr. 1. de b. p. unter den incommoda hereditaria begreift.

Die Commoda dagegen, und das dominium rerum, quae in his [2]) bonis sunt, welches Alles dem bonorum possessor zugetheilt wird, das beschreibt uns Gaius noch näher, aus welcher Stelle wir, ebenso wie aus der des Ulpian (in Note 1), so recht klar ersehen, daß die fictitiae actiones die Rechtsmittel sind, welche das eigentliche Grundprincip der b. p., oder Alles das umfassen, was zur Definition derselben gehört; die also auch niemals fehlen können, wo von einer b. p. die Rede ist, mithin von Anfang an seit dem Bestehen der b. p. vorhanden gewesen sein müssen.

---

nen res hereditariae, die Fiction auf das Erbrecht. Letztere war also etwas selbständig vom Prätor aufgestelltes, sie war nothwendig um das zu erreichen, was oben als der Ursprung der b. p. dargestellt ist.

1) Ulp. XXVIII. 12. — Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

2) Ulpian schiebt absichtlich dies Wörtchen ein, um nicht „in bonis" zu sagen.

Gaius sagt IV. 34.: **Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto b. p. petiit, ficto se herede agit; cum enim jure praetorio et non legitimo succedat in locum defuncti non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id quod defuncto debebatur potest intendere dari sibi oportere, itaque ficto se herede intendit** [3]**, veluti hoc modo:**

> **Iudex esto. si A. A. (id est ipse actor) Lucii Titii heres esset, tum si fundum de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret:**

vel si in personam agatur, praeposita simili fictione intentio ita subjicitur:

> **tum si paret N. N. A. A. sestertium decem millia dare oportere. —**

Ebenso sagt es Gaius an einer anderen Stelle, daß die **actiones** des **bon. possessor** eine Nachahmung des **jus legitimum** enthielten [4]).

Hiermit also ist es klar, daß in allen Fällen, wo der **heres** als Eigenthümer, als Gläubiger auftreten könnte, auch der **b. possessor** durch Nachahmung der Klagen als Eigenthümer, als Gläubiger fingirt wird [5]). Es kann demnach auch keinen Zweifel leiden, daß dann, wenn der **heres** nur fingirter Eigenthümer sein würde (also nur die **Publiciana actio** hat), dem **bon. possessor** nachahmungsweise auch diese Klage zusteht, wobei wir mithin die Fiction einer Fiction eintreten sehen [6]).

---

3) Es ist wohl zu bemerken, wie Gaius die fictitiae actiones direct aus der Natur der b. p. ableitet, wie er aber deßhalb offenbar auch meint, daß alle actiones des bonorum possessor, quia non habet directas, unter das Gebiet der hier ausgeführten fictitiae gehören. Wir haben hievon alsbald eine Anwendung zu machen.

4) Gai. IV. III. Aliquando tamen Praetoriae actiones imitantur jus legitimum, quales sunt eae, quas bonorum possessoribus, ceterisque qui heredis loco sunt, accommodat.

5) In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur. Fr. 2. de bon. poss.

6) Fr. 7. §. 9. de Publ. act. — Haec actio et heredi et honorariis successoribus competit. Fr. 1. §. 37. de aqua quot. vel aest.

Finden wir hiernach den bon. possessor dem heres ganz gleichgestellt, so drängt sich nun aber eine sehr bedeutende Frage auf. Der heres hat ja nicht bloß solche einzelne Klagen, womit er ein Rechtsverhältniß, in welchem der Erblasser bereits stand, und in das er nun eingetreten ist (sei es Eigenthum, bonae fid. poss., oder eine obligatio) geltend macht, sondern er hat auch eine universelle Klage, womit er direct Anerkennung seines Rechts des Erbeseins, mittelbar auch die Herausgabe von Erbschaftssachen fordert. Wie steht es nun hier mit der Nachahmung beim bonorum possessor? [7])

Wir können diese Frage durch Zusammenhaltung der Grundsätze beantworten, welche im Obigen einestheils für die hereditatis petitio, und anderntheils als das Wesen der b. p. festgestellt sind.

1) Heres ist der in alle rechtlichen Verhältnisse des Erblassers, so weit sie sich überhaupt vererben, Eingetretene. Er ist dies aber in den meisten Fällen nicht ipso jure, sondern er wird es erst durch gewisse von ihm vorzunehmende Handlungen. Das ist die Antretung, durch welche er de jure sogleich das vollständige Recht des Erbeseins erhält. Allein dies Recht wird nicht immer gleich von Allen anerkannt, da überhaupt nach Civilrecht der Erwerb des Erbrechtes ein reines Privatgeschäft ist, welches auch ganz im Stillen geschehen kann, nicht erst einer gewissen öffentlichen Sanction bedarf. Daher kommt es, daß dasselbe noch Gegenstand einer gerichtlichen Verfolgung, eines processualischen Beweises werden muß, und dazu dient die hereditatis petitio. Also erst nachdem die Antretung und die Erbschaftsklage (sobald das Erbrecht bestritten wird) vollzogen worden, ist das Recht des Erbeseins ein sowohl von Innen als nach Außen in Wirksamkeit getre-

---

7) Hiermit ist die bekannte Frage über die hereditatis petitio possessoria angeregt, über die Fabricius (Rhein. Mus. IV. S. 177 f. 209 f.) die Vermuthung aufgestellt hat, es sei eine erst von Justinian erfundene Klage, — was indeß wenig Beifall bei anderen Juristen gefunden hat. (Vergl. einstweilen besonders Arndts Beiträge I. S. 50 u. ff.) — Hier kann die ganze Frage ihren Platz noch nicht finden, da für jetzt nur die ursprüngliche Gestalt der b. p. uns beschäftigt.

tenes. Der heres kann nun auch gegen Alle, welche jenen Erbschaftsproceß überhaupt anerkennen müssen, alle Klagen (persönliche und dingliche) wie sie schon dem Erblasser zustanden, anstellen, da jetzt der Widerspruch gegen sein Eintreten in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen entfernt ist.

Allein dieser letzte Satz führt es bereits mit sich, daß, wenn man auch sagen kann, die hered. pet. sei das Mittel zur allgemeinen Anerkennung des Erbrechts nach Außen hin, doch die Wirkungen des einzelnen Erbschaftsprocesses nur beschränkte sind. Der Beklagte, welcher mit der her. pet. besiegt ist, kann allerdings gleich mit den Vindicationen und persönlichen Klagen ebenso belangt werden, wie der Erblasser sie anstellen konnte. Dagegen wider jeden anderen Dritten muß bei denselben wiederum das Erbrecht von Neuem bewiesen werden. Und hiermit hängt zusammen, daß überhaupt nicht bloß die hereditatis petitio den Beweis des Erbrechts voraussetzt, daß also auch der Erbe nicht alle aus seinem Erbewerben fließenden Rechte mit der her. pet. durchsetzen kann. Ja wir müssen sogar anerkennen, daß die her. pet. seit der zweiten Periode der pro herede usucapio in einer schiefen, anomalen Gestalt bestand, welche nicht eigentlich mehr zu dem diente, um dessentwillen sie eingeführt war. Es ist eine Klage, welche aus eigenthümlichen Verhältnissen hervorgerufen, nun auch durch deren historisches Fortschreiten bedingt wurde, und deßhalb eine ganz andere Gestalt hat, als wenn man die Rechtsmittel des Erben rein, ohne die Einwirkung äußerer Umstände, aus dem Begriffe des Erbrechtes construirt hätte.

Wäre Letzteres der Fall gewesen, so würde sich von selbst Folgendes ergeben haben:

a) Der Erbe, da er in die vollkommene vermögensrechtliche Person des Erblassers eintritt, muß jedenfalls auch die Klagen anstellen können, welche bereits dem Erblasser zu Gebote standen. Also die dinglichen Klagen, wenn Sachen aus seinem Vermögen hinweggekommen und die persönlichen, wenn ihm irgend eine Forderung begründet worden war. Von allen wird hier vorausgesetzt, daß bereits, als der Erblasser noch lebte, actio nata gewesen sei. Der Erbe muß in sie eintreten, und sie also auch, sobald er nur sein Erbrecht beweist,

durchsetzen können. Indeß eignen sich dennoch diese Fälle nicht zu einer Universalklage, einer her. pet., weil mit dem Beweise des Erbrechts noch nicht genug geschehen ist, sondern noch der des einzelnen Rechtsverhältnisses ebenso hinzukommen muß, wie ihn der Erblasser hätte führen müssen. Dergleichen einzelne dingliche und persönliche Klagen werden aber selten in Wahrheit gegen dieselbe Person gerichtet sein, und, auch wo dies der Fall wäre, könnte durch eine Cumulation ehr Verwirrung und Nachtheil als Vortheil entstehen. Nennen wir das Gebiet dieser Klagen kurz die Einzelklagen.

b) Diesen muß indeß noch ein anderes Rechtsmittel zur Seite gehen, wenn der Schutz des Erben ein vollständiger sein soll. Alle die Sachen, in deren Besitz der Erblasser sich im Augenblicke seines Todes befand, müssen durchaus unverändert und ungetrennt auf den Erben übergehen. Und wo diese Sachen von Anderen veräußert oder verschlechtert sind, muß eine Ersatzforderung an die Stelle treten. Also auch dies Recht des Erben begreift dingliche und persönliche Elemente, aber mit der Gewährung von Einzelklagen würde ihm hier wenig geholfen sein. Die Sachen, welche der Erbe fordert, brauchten dem Erblasser gar nicht zu gehören, also auch er, der Erbe, kann sie nicht vindiciren, aber dennoch muß er von Anderen deren Herausgabe verlangen dürfen, weil er selbst darauf vom Eigenthümer belangt werden kann. Und wenn er selbst der wahre Erbe ist, so sind ja alle übrigen Personen unbefugte Besitzer dieser Sachen, da wir nur von denen hier sprechen, welche gerade beim Tode des Erblassers sich in dessen Herrschaft befanden, die also nicht mehr mittelst eines schon diesem gegenüber begründeten Rechtsverhältnisses in fremde Hände gekommen sind. Der Besitz dieser Fremden kann sich also nur auf eigenmächtige Besitzergreifung stützen, welche lediglich dadurch, daß der heres sein Erbrecht beweist, als eine unbefugte erscheinen muß. Denn der heres darf verlangen, ganz genau in denselben Vermögenszustand eingesetzt zu werden, wie ihn der Erblasser bei seinem Tode verließ. Also alle diese Rechte auf Sachen oder den an die Stelle tretenden Schadensersatz sind insgesammt auf denselben Beweis gestützt, es muß also auch mit einer Universalklage deren Herausgabe, so-

weit sie sich bei einem und demselben Beklagten finden, *gefordert werden können.* —

Diese rein aus dem Begriffe des Römischen Erbrechtes abgeleitete Unterscheidung der Einzelklagen und der Universalklage auf die res hereditariae ist indeß durch die von der pro herede usucapio abhängige Gestalt der hereditatis petitio vielfach verwischt worden. In der ältesten Zeit, (vor der pro herede usucapio) gab es, wie oben (§. 6) ausgeführt ist, noch keine hereditatis petitio, indem sich die eigenthümliche Gestalt derselben erst aus der pro herede usucapio erklären läßt. Vielleicht giebt man mir den genauen inneren Zusammenhang Beider zu, behauptet aber, da ich selbst eine Universalklage als sich aus dem Begriffe des Erbrechtes ergebend, angenommen habe, daß doch in dieser Weise eine her. pet. auch schon früher bestanden, welche dann nur durch Einführung der pro her. us. eine Umgestaltung erfahren habe. — Indessen steht dem Folgendes entgegen. Der Begriff des Erbrechts war von jeher bei den Römern Eintritt in die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen. Nach dem aber was in den verschiedenen Zeiten als Theil des gesammten hinterlassenen Vermögens angesehen wurde, konnte doch dieses Erbrecht eine sehr verschiedene äußere Gestalt darbieten. Und wenn wir nun aus dem Erbrecht die Nothwendigkeit einer Universalklage auf Herausgabe der hinterlassenen Erbschaftssachen ableiteten, so war hier von einer späteren Zeit gesprochen, wo darunter viele sein konnten, die gar nicht im Eigenthum des Erblassers gestanden hatten. Dagegen dürfen wir wohl für die frühere Zeit, vor der pro her. usuc. annehmen, daß in Folge der allgemeinen Herrschaft des nexum Niemand sterben konnte, der nicht alle Sachen, die er hinterließ, sein eigen nennen durfte, die also wahrhaft zu seiner familia gehörten [8]. Wo aber ein Complex von Sachen gefor-

8) Die familia ist Gegenstand des Erbrechtes, fr. 195. §. 1. de verb. sign. Diese aber ist gleich: patrimonium, Gai. II. 102. und dazu gehört nur, was durch Mancipation auf einen anderen übertragen werden kann: Gai. II. 103. — Familiae emtor, i. e. qui a testatore familiam accipiebat mancipio. — Wir können nicht an-

dert wird, an denen allen dem Kläger Eigenthum zusteht, da ist kein Bedürfniß einer besonderen Universalklage, wie wir ja dasselbe noch heutzutage nicht bei der Vindication einer Dos, eines Peculiums, eines Pupillarvermögens finden [9]).

Erst als die pro herede usucapio eingeführt wurde, entstand die hereditatis petitio, aber nun auch in ganz anderer Weise, als daß sie bloß eine Universalklage auf die vom Verstorbenen hinterlassenen Sachen gewesen wäre. Es ist oben entwickelt worden, wie die hered. pet. gar nicht direct auf das Erbschaftsvermögen, d. h. die vom Erblasser zuletzt besessenen Sachen geht, sondern sie eine Durchsetzung des ideellen Erbrechtes ist, welches sonst durch einjährigen Besitz der res hereditariae verloren gehen würde. Aus diesem Grunde ging sie aber überhaupt über den Begriff der res hereditariae ganz hinaus, und wurde auch gegen den nicht zahlenden Schuldner gegeben [10]), weil dieser auch als pro herede Usucapient galt. Wir sehen also, daß sie auch die Einzelklagen zum Theil in sich faßt, bei denen an und für sich gar kein Bedürfniß einer Universalklage besteht, wenn wir nicht Schritt vor Schritt die her. pet. der pro her. usuc. müßten folgen sehen. Wir würden in ihr, wenn nicht der Satz bestanden hätte, nemo sibi causam possessionis mutare potest, gewiß auch den übrigen Theil der Einzelklagen nämlich die Vindicationen, welche bereits dem Erblasser zustanden, finden.

Wäre Letzteres der Fall, so bestände wieder eine völlige Consequenz, indem die her. pet. nun die Gesammtklage für alle Rechte, die der Erbe aus dem Erbfalle überhaupt haben könnte, gewesen wäre. So aber enthielt sie eben nur die Durchsetzung des Erbrechtes dem pro herede Usucapienten

---

nehmen, daß Jemand in Folge eines Depositum, Commodats, Bestellung einer dos etc fremde Sachen in seiner Erbschaft habe hinterlassen können, sondern sie mußten durch nexi datio, wenn auch mit der Verpflichtung der remancipatio ihm übertragen werden. Gai. II. 60.

9) Fr. 56. de rei vind.

10) Fr. 13. §. 15. de her. pet.

gegenüber, während die Durchsetzung des Erbrechtes gegen die, welche Sachen des Erblassers aus anderen Gründen im Besitz hatten, von ihr ausgeschlossen war. Bei beiden Klagen war ein doppelter Beweis nöthig; bei der her. pet. der des Erbrechts und des Besitzes im Augenblick des Todes (oder der Forderung dem Schuldner gegenüber) — bei der Singularvindication ebenfalls der Beweis des Erbrechts, und das Eigenthum des Verstorbenen. – Da also bei beiden Klagen derselbe Beweis, und bei beiden auch noch ein anderer zu liefern war, so wäre, wenn nicht jener besondere Grund der pro her. us. hier gewirkt hätte, es ganz unpassend gewesen, nur die eine dieser Klagen: hereditatis petitio (d. h. das Rechtsmittel auf Anerkennung des Erbrechts) zu nennen. —

Wenn sich hiernach die her. pet. nur aus der ersten Periode der pro her. us. erklären lassen kann, und nur so es sich rechtfertigt, daß sie so wesentlich von den aus dem Begriffe des Erbrechts sich ergebenden Folgerungen abweicht, so war nun gar die zweite Periode der pro herede usucapio überall nicht geeignet, sie zu diesen reinen Folgerungen zurückkehren zu lassen. Vielmehr verschwindet, (nach der im §. 37. unter № 3 gegebenen Darstellung) nun auch der wahre Grund, weßhalb man sie den Singularvindicationen gegenüber hereditatis petitio nennen konnte, indem jetzt überhaupt das Erbrecht nicht mehr der Gefahr des Verlustes durch Usucapion ausgesetzt war. Nur deßhalb konnte sie jetzt noch Anspruch auf diesen Namen machen, weil mit ihr doch die bei Weitem meisten Befugnisse des Erbrechts durchgesetzt werden, und die Singularvindicationen ihr gegenüber nur ein geringes Gebiet ausfüllen. — Aus dem Gesagten wird zur Genüge hervorgehen, daß die her. pet. keineswegs ein Rechtsmittel ist, welches aus den unvermischten Erbrechtsbegriffen hervorgegangen, und also als ein Muster bewußter und vollendeter Römischer Rechtsentwicklung aufzufassen wäre, sondern daß sie die Sklavin der pro herede usucapio gewesen ist, welche ja überhaupt so störend in das Römische Erbrecht eingegriffen hat.

§. 47. 2) Dieser Schilderung der her. pet. haben wir nun das Wesen der b. p. entgegenzuhalten, und danach zu

beantworten, ob sich bei ihr eine Nachahmung dieser Klage, eine fictitia hereditatis petitio denken lasse.

Es theilt sich dies in zwei Punkte:

a) Die hereditatis petitio ist ihrer juristischen Construction nach die Klage auf Anerkennung des Erbrechts. Da die Antretung nach Civilrecht ein reines Privatgeschäft ist, so folgt, daß das angetretene Erbrecht auch nur durch Privatprocesse gegen jeden Einzelnen, der es läugnet, durchgekämpft werden kann. Es ist im Civilrecht kein Institut, wonach durch öffentliche Sanktion, durch obrigkeitliche Autorität Jemand von vorn herein für den Erben erklärt würde, so daß also nur noch über die einzelnen aus dem Erbrechte fließenden Befugnisse Streit und Beweis von Seiten des heres vorkommen könnte [1]). Mithin müssen im Civilrechte Rechtsmittel vorhanden sein, womit nicht bloß diese einzelnen Befugnisse, sondern auch das nach Außen noch nicht anerkannte Erbrecht durchgesetzt wird. Und lediglich darauf geht ihrer juristischen Fassung nach die her. pet.

Wie ist dies aber bei der bon. possessio? Wenn der Prätor in Folge seines imperium [2]) Jemanden als Erben fingirt, so versteht es sich von selbst, daß er den Zustand des vollkommenen Erbeseins annimmt. Also nicht bloß das von Innen (durch Antretung) begründete, sondern das nach Außen allgemein anzuerkennende. Niemand hat das Recht, sich der Prätorischen Machtvollkommenheit zu widersetzen [3]), nur dem wahren heres ist es erlaubt, durch Anstellung der her. pet. die b. p. zur sine re zu machen. Ehe dies aber nicht

---

1) Nämlich wenn auch feststände, daß Jemand Erbe sei, so ist damit noch nicht bewiesen, daß die Einzelklagen (dingl. u. persönl.) die er anstellt, begründet seien, und daß der Sachencomplex, den er fordert, sich auch im Besitz des Erbl. als er starb, befunden habe.

2) Fr. 1 u. 3. de jurisd.

3) Hiermit ist nicht zu verwechseln, daß Jedermann auch abgesehen von einem Processe auftreten und zeigen könnte, die ertheilte b. p. sei als non data anzusehen. Denn alsdann erkannte sie auch der Prätor nicht mehr an. Wo sie aber nach den Prätorischen Erfordernissen vollkommen gültig war, kann auch Niemand der Ausübung der daraus folgenden Befugnisse entgegentreten.

geschehen ist, darf der b. possessor in Folge der Prätorischen Verleihung ohne Widerspruch alle aus seinem fingirten Erbrechte folgenden Befugnisse geltend machen. Ein Widerspruch kann nur gegen die Richtigkeit der einzelnen Befugnisse, also ob sie wirklich aus seinem Erbrechte folgten, erhoben werden, und darauf wurde denn auch allein das Beweisverfahren gerichtet. — Wir sehen dies entschieden aus der von Gaius angeführten Formel, welche der b. possessor für seine Einzelklagen bekommt: **Si A. A. Lucii Titii heres esset, tum si fundum de quo agitur ex jure Q. ejus esse oporteret.** Also der Kläger braucht nur zu beweisen, daß der **Lucius Titius** das Eigenthum dieses **fundus** hatte, wogegen nicht in der Formel etwa noch steht: **si Aulo Agerio ex edicto meo b. p. data est,** so daß also auch darauf noch vor dem Judex ein Beweis gerichtet worden wäre. Sondern ob dem die Klage Verlangenden wirklich die **b. p.** verliehen worden sei, das mußte er, ehe ihm die Klage ertheilt wurde, vor dem Prätor selbst nachweisen, und in den meisten Fällen wird der Prätor dies sein **factum proprium** noch sehr wohl gewußt haben. Ob die **b. p.** von ihm gegeben sei, kann doch natürlich nur vom Prätor selbst beurtheilt werden, und sobald er es bejaht, (und das thut er durch die Ertheilung der **fictitia actio**) so kann Niemandem darüber noch ein Widerspruchsrecht zustehen. Wie merkwürdig würde der Auftrag des Prätors an den **judex** erschienen sein, daß dieser untersuchen solle, ob er (der Prätor) dem Kläger die **b. p.** gegeben habe! [4]).

Hiernach kann man nun auch nicht sagen, eine **fictitia her. pet.** hätte so bestehen können, daß ebenso wie bei der wahren **her. pet.** über das civile, so hier über das Prätorische Erbrecht des Klägers gestritten worden wäre. Sondern da

---

4) Es scheint mir nicht unwahrscheinlich, wenn wir auch nichts mehr davon wissen, weil es begreiflich nicht in Justinians Compilation aufgenommen werden konnte, — daß die **b. p.** in einer Weise gegeben wurde, welche dem **b. possessor** seine Legitimation sehr leicht machte; vielleicht mittelst Ertheilung einer kleinen schriftlichen Notiz. — Dem steht nicht entgegen **fr. de interrog. in jure,** wo der **b. possessor** als Beklagter aufgefaßt wird.

(freilich nicht nach der materiellen Absicht des Klägers, wohl aber nach der juristischen Gestalt der Klage, s. oben §. 37. zu Note 4.) die her. pet. nur auf Anerkennung des Erbrechts geht, so kann sie auch nur da vorgekommen sein, wo zu dieser Anerkennung noch ein Proceß nöthig ist, nicht wo sie schon aus der obrigkeitlichen Verleihung folgt [5]).

b) Indeß wenn man uns auch zugiebt, daß in dieser Weise, also in Beziehung auf die juristische Gestalt der Klage, eine Nachbildung der her. pet. bei der b. p. nicht möglich gewesen sei, so kann doch noch auf eine andere Art die Behauptung zu retten versucht werden. Und ich glaube nicht zu viel zu sagen, wenn ich vermuthe, daß die meisten neueren Schriftsteller, welche das Bestehen einer her. pet. possessoria annehmen, sich die Sache so denken, ohne sich freilich wohl den Unterschied recht klar gemacht zu haben.

Wenn nämlich die her. pet. an und für sich auf Anerkenung des Erbrechts geht, so ist dabei doch die materielle Absicht des Klägers in den meisten Fällen: die Erlangung der res hereditariae, welche der Erblasser bei seinem Tode in

5) Arndts (Beiträge I. 57.) giebt zu, daß die fictitia her. pet. nicht die Formel gehabt haben könne: si A. A. L. Seji heres esset, tum si ea hereditas de qua agitur, ex jure Quiritium ejus esset. — Es hieße dies: der Kläger soll heres sein, wenn er heres ist! — Daraus folgert A. daß die her. pet. des b. possessor wesentlich verschieden war von dessen fingirten hereditariae actiones. Aber wie soll denn die Formel gelautet haben? A. führt es gerade so trefflich aus, daß die juristische Gestalt der her. pet. auf Anerkennung des Erbrechts ging, daß sie die heredis actio war, also konnte sie beim b. possessor doch immer nur auf das fingirte Erbrecht gehen: und damit kämen wir stets wieder zu jener unmöglichen Formel zurück! Und kann man wohl glauben, daß es noch eine her. pet. für den b. possessor gebe, wenn Gai. ganz allgemein über die actiones, die aus der b. p. hervorgehen, sagt: directae gebe es nicht, sondern nur fictitiae. Wenn nun die her. pet. nicht zu diesen letzteren gehört, so kann sie bei der b. p. überhaupt nicht vorhanden gewesen sein, da sie doch wahrlich zu den actiones, und nicht zu den Interdicten gehört. (S. oben §. 46. Note 3.) — Auf die anderen von Arndts vorgebrachten Gründe kann hier noch nicht eingegangen werden.

Besitz hatte; also die zweite Befugniß, welche wir (§. 46. unter b.), außer den Einzelklagen, aus der Natur des Erbrechts abgeleitet haben. Es bedarf dazu einer Universalklage, weil unter diesen Sachen Vieles sein kann, was dem Erblasser gar nicht gehörte, und also dem Erben später wieder abgefordert werden kann. — Dies Interesse, welches in den meisten Fällen das alleinige bei der her. pet. ist, muß nothwendig auch beim b. possessor vorhanden gewesen sein. Und daraus folgert man, daß dem b. possessor also auch eine hereditatis petitio zugestanden haben müsse.

Ich gebe den Hauptsatz vollkommen zu, aber die daraus abgeleitete Folgerung scheint mir auf sehr schwachen Füßen zu ruhen.

Einmal sind doch die Römer wahrlich nicht der Art, daß sie, was allerdings den Wirkungen nach zu etwas Anderem paßt, nun gleich auf dieses übertragen, auch wenn es der juristischen Consequenz völlig zuwider ist. Und daß dies hier der Fall sein würde, glaube ich eben unter a. gezeigt zu haben.

Ferner aber geht aus der obigen Darstellung der her. pet. hervor, daß sie ein von den reinen Bestandtheilen des Erbrechts wesentlich abweichendes Rechtsmittel ist, davon abweichen mußte, weil sie dem singulären Institut der pro herede usucapio gegenübersteht. Abgesehen von diesem speciellen Grunde würde es nicht zu rechtfertigen sein, weßhalb bei ihr so κατ' ἐξοχὴν und nicht auch bei den Einzelklagen auf die bezweckte Anerkennung des Erbrechts Gewicht gelegt wird, und weßhalb sie doch wieder die Hälfte der Einzelklagen (nämlich die persönlichen) in sich aufnahm. Wenn auch die Römer nicht im Geringsten wegen dieser Gestalt der her. pet. getadelt werden können, so würden sie doch gerade deßhalb Tadel verdienen, daß sie dies Institut auf andere Verhältnisse ausdehnten, welche gar nicht ein so sonderbar gestaltetes Rechtsmittel erforderten. Unsere Frage kann nämlich offenbar nur so gestellt werden:

Bei der b. p. sollte dasselbe Interesse durch ein Rechtsmittel geschützt werden, welches im Civilrechte durch die (aber nicht bloß darauf gerichtete) her. pet. realisirt wurde. Wir können doch annehmen, daß die Römer ebensogut die beiden im

Erbrecht liegenden Befugnisse unterschieden haben, wie uns dies möglich ist. Daß sie es wirklich gethan haben, sehen wir eben aus der Gewährung der fictitiae actiones, welche gerade das Gebiet der Einzelklagen umfassen; es blieb also nur noch übrig, dem bon. possessor eine Universalklage auf die res hereditariae zu gewähren. Es war noch völlig res integra, und man brauchte bei der b. p. nicht die Rücksichten zu nehmen, welche beim Civilrechte in Betracht kamen. Sollen wir nun annehmen, der Prätor hätte nicht so viel Erfindungsgabe gehabt, ein Rechtsmittel zu construiren, welches genau dem Zweck entsprach, den man erreichen wollte? Er habe sich nur durch Uebertragung eines Rechtsmittels helfen können, welches über den gehegten Zweck weit hinausging [6]), und das für die b. p. ganz unjuristisch gewesen wäre, indem man implicite damit anerkannt hätte, es wäre darin die eigentliche Durchsetzung des Prätorischen Erbrechts enthalten, während doch nur die eine Hälfte der daraus folgenden Befugnisse damit gemeint war.

Wenn wir nun aber in der That im Prätorischen Erbrechte ein Rechtsmittel finden, welches dem Zweck, den der Prätor haben mußte, gerade entspricht, also nicht in das Gebiet der Einzelklagen hinübergreift, sondern lediglich eine Universalklage für die res hereditariae ist, so enthält das allen Schutz, den überhaupt der b. possessor nöthig hat. Und damit ist denn aller Raum hinweggenommen, auf dem sich eine her. pet. possessoria aufbauen ließe [7]).

---

6) Wenn wir annehmen, es habe eine her. pet. poss. gegeben, so hätte der b. possessor auch auf doppelte Art die Forderungen des Erblassers einklagen können, entweder durch eine fictitia in pers. act. oder durch jene her. pet. Und dann sollte es doch zu erklären sein, daß Gai. IV. 34. nur die erstere erwähnt! Er sagt ja gar nicht, daß er hier bloß von den fingirten Einzelklagen sprechen wolle, sondern er will darstellen, welche actiones ihm, da er in locum defuncti succedire, zustehen.

7) Ich bevorworte ausdrücklich, daß ich hier nur von der ursprünglichen reinen Gestalt der b. p. spreche. Ob sich später in der Kaiserzeit, als sie viel Fremdartiges in sich aufnahm, eine solche her. pet. poss. gebildet habe, kann hier noch nicht entwickelt werden.

Dies Rechtsmittel finden wir allerdings, wie sich zeigen wird, in dem **Interdictum quorum bonorum**, und so werden wir denn von selbst auf die Darstellung eines Institutes geführt, das freilch in der dermaligen Gestalt unserer Literatur zu den bestrittensten Theilen des Civilrechts gehört.

2) Das Interdictum quorum bonorum.

§. 48. Ulpian sagt in fr. 1. §. 1. quor. bon. von diesem Rechtsmittel: **Hoc interdictum restitutorium est, et ad universitatem bonorum non ad singulas res pertinet, et appellatur quorum bonorum, et est adipiscendae possessionis universorum bonorum.** Indessen wird in fr. 2. eod. gleich ein Ausspruch des Paulus hinzugesetzt, der Ulpians Worte, welche man zu allgemein verstehen könnte, wieder restringirt. Es heißt nämlich: **Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.**

Das ist Alles, was die Compilatoren unter diesem Titel von Aussprüchen der Juristen zusammengestellt haben, und in demselben Verhältniß sind auch die übrigen Notizen der Quellen so dürftig, daß den Controversen ein weites Feld geöffnet sein mußte. Diese greifen vielfach in die allgemeinen Fragen über das Wesen und den Proceß der Interdicte ein, weßhalb denn auch im Folgenden nicht bloß immer von unserem Interdicte die Rede sein kann; und überhaupt ist die ganze Interdictenlehre meist nur bei Gelegenheit einzelner Interdicte Gegenstand der Untersuchung für neuere Schriftsteller geworden, wovon denn manche einseitige Auffassung der Sache die Folge gewesen ist.

In Beziehung auf die **Interdicta adipiscendae possessionis** lassen sich mit Rücksicht auf die wichtigste dabei in Betracht kommende Frage zwei Hauptansichten unter unseren Schriftstellern unterscheiden.

Von der einen Seite werden diese Interdicte (und zwar concentrirt sich die Frage vorzüglich auf das **Int. quor. bon.** und **Salvianum**) als petitorische Rechtsmittel aufgefaßt, deren

Durchsetzung daher auch in Beziehung auf Beweislast ganz unter den Regeln eines nicht summarischen Verfahrens stehe, und die exceptio rei judicatae für die eigentliche dasselbe Rechtsverhältniß betreffende petitorische Klage erzeuge. Danach enthalte das Int. quor. bon. soviel als die her. pet., das Salvianum Int. soviel als die Serviana actio. Daß es hier für einen und denselben Zweck zwei Rechtsmittel gebe, wird meist dadurch erklärt, daß es ursprünglich nur die Interdicta gegeben habe. Eine weitere Ausbildung der Lehren habe dann die wahre petitorische Klage hervorgerufen, neben der das Interdict etwa nur um der formellen Vortheile des Interdictenprocesses erhalten sein könne [1]).

Auf der anderen Seite stehen auch noch heutzutage viele Schriftsteller, welche dieser neueren Theorie gegenüber die bisherige allgemeine Praxis auch wissenschaftlich für gerechtfertigt halten, der gemäß auch die adipiscendae possessionis interdicta nur possessionis quaestionem enthalten, und namentlich das Interd. quor. bon. mit der her. pet. durchaus nicht zusammenfalle, so daß aus jenem keine rei jud. exc. für diese abgeleitet werden könne. Die Anhänger dieser Ansicht verknüpfen damit meistens den Gedanken, daß Interdicta summarische Rechtsmittel seien, vorzüglich weil zu ihrer Durchsetzung bloße Bescheinigungen, nicht ein vollkommener Beweis erforderlich wäre [2]).

Die folgende Darstellung wird zeigen, in wie weit der einen oder der anderen Partei Recht gegeben werden könne, und in welcher Weise vielleicht noch mancher neue Gesichtspunkt in

---

1) v. Savigny. Ueber das Int. quor. bon. in seiner Zeitschr. Bd. V. S. 1 ff. Bd. VI. S. 229 ff. Fabricius Rhein. Mus. IV. S. 204 ff. Derselbe: b. p. S. 197 ff. — Huschke über das Salvianische Interdict (in den Studien № IV. besonders S. 385 ff.) Puchta Institutionen II. S. 727. S. 507. Note b.

2) Thibaut Archiv f. civ. Prax. X. S. 456 ff. — Francke Notherbenrecht. S. 89 ff. — v. Löhr Archiv f. civ. Prax. XII. S. 85. — Arndts Beiträge. I. S. 108 ff. — Mayer Erbrecht. I. S. 400 ff. — Bayer summar. Proc. 4. Aufl. §. 71 ff. — Mühlenbruch Entwurf des Civilproc. 2. Aufl. S. 205 ff.

diese Frage hineinzuziehen ist, deren bisherige Erörterungen immer von Neuem ihre Anhänger aber auch ihre Gegner gefunden haben. Ich kann mich nicht enthalten, Huschkes treffliche Worte (a. a. O. S. 337) hier vorauszuschicken, deren Sinn auch in der folgenden Untersuchung vielfach zu erkennen sein wird. Er fordert, daß wir das entschwundene Leben, dessen Gepräge ja auch in einem erstorbenen Rechtstheile übrig bleibt, zu uns sprechen lassen. „Indem dieses eine organische Einheit ist, welche durch sich alles Einzelne und Mannigfaltige in seiner Individualität bedingt, so müssen, wenn nur jene Lebensidee richtig erkannt worden ist, alle Einzelnheiten sich von selbst ergeben, und die vorhandenen Quellenaussprüche nur als nothwendige Ausflüsse derselben erscheinen. Die Kunst bei dieser Behandlung ist nur die, aus den übriggebliebenen Denkmälern, mit gehöriger Bewahrung vor Willkührlichkeit und mit völliger Durchdringung des Besonderen von dem Allgemeinen, das ursprüngliche Leben herauszukennen.“ u. s. w.

Freilich ist bei der Suchung dieses „Allgemeinen,“ dieser „Lebensidee“ die größte Vorsicht nöthig, da der geringste Fehler dabei nothwendig dem ganzen Gebäude eine schiefe Richtung geben wird. Es muß nothwendig zuerst von uns geprüft werden, ob nicht bereits in unserer bisherigen Entwicklung sichere Anhaltspunkte für die „Lebensidee“ des **Int. quor. bon.** zu finden seien.

a) Verhältniß der hered. pet. zum Princip der b. p.

§. 49. Wir knüpfen unmittelbar an die Ausführungen der §§. 46. und 47. an, und haben hier die daraus sich ergebenden Resultate zu ziehen. Wenn wir dort nachgewiesen haben, daß der Prätor nicht an die Ertheilung der **fictitia her. pet.** gedacht haben kann, so sprechen dieselben Gründe hier gegen die Annahme, daß dem **Int. quor. bon.** der Umfang der **her. pet.** beizulegen sei. Denn sonst würde ja dieses Interdict, nur unter einem anderen Namen, wieder jene **fict. her. pet.** sein. Wir haben in dem Princip der b. p., demzufolge der Prätor einen interimistischen Herrn der **bona** aufstellen wollte, die Basis, und wir können nicht annehmen, daß der Prätor

von ihr bei der Construirung der dem b. possessor gewährten Rechtsmittel willkührlich abgegangen sei, so daß also die allgemeine Lebensidee der b. p. auch für die Gestaltung des Int. quor. bon. maßgebend ist. Dieser Basis gegenüber haben wir jetzt durch die klarsten Quellenzeugnisse das Gebiet und das Wesen der fictitiae actiones kennen lernen. Aus diesen zwei Anhaltspunkten muß sich auch unser Interdict ergeben, indem wir einestheils sehen, welchen Schutz überhaupt die b. possessio durch Klagen erheischte, und anderntheils auch den Kreis kennen, welchen die fictitiae actiones beherrschten. Offenbar nämlich muß Alles, was nicht in diesem Kreise liegt, und doch eines Schutzes durch Klage bedarf, nothwendig das Gebiet des Int. quor. bon. ausgemacht haben, des einzigen Rechtsmittels, welches Gaius, als dem bonorum possessor zuständig, noch neben jenen fictitiae actiones erwähnt [1]).

Die Resultate, welche wir hieraus nun abzuleiten haben, werden wir denn auch unmittelbar durch die im vorigen §. bereits angegebenen Quellenaussprüche bestätigt finden.

1) Das ganze Gebiet der Einzelklagen ist durch die fictitiae actiones umfaßt, und wir können doch unmöglich von vorn herein annehmen, daß der Prätor sie nochmals in das andere aufzustellende Rechtsmittel hereingezogen habe, da ein unnützer Ueberfluß gleichbedeutender Klagen nicht eben der Gegenstand seines Strebens war. Außer den Einzelklagen aber folgt, wie das oben §. 46. entwickelt ist, aus dem Erbrecht nur noch die Befugniß, daß die Masse der körperlichen Sachen, ebenso wie der Erblasser sie bei seinem Tode im Besitz hatte, in der Hand des Erben vereint würde.

Dies trifft nun vollkommen mit dem Ausspruch des fr. 2. quor. bon. zusammen, wonach das Interdict nur gegen die corporum possessores geht, nicht aber gegen die debitores hereditarii, da diesen gegenüber bereits die persönlichen Einzelklagen gegeben sind.

Schon v. Löhr hat diesen Grund der Savigny'schen Ansicht entgegengesetzt und daraus geschlossen, das Interd. quor. bon.

---

1) IV. 144. vergl. mit IV. 34.

könne also nicht eandem quaestionem mit der her. pet. enthalten, welche entschieden auch gegen die debitores gerichtet sei [2]). Indeß haben die folgenden Schriftsteller diesen Punkt zu leicht hingenommen, und, ohne die von Fabricius [3]) dagegen gemachten Bemerkungen zu beachten, die eigentlichen hier verborgenen Schwierigkeiten übergangen. Wenn man nämlich streng den Worten des Paulus gemäß behauptet, das Interdict gehe nur auf die vorhandenen körperlichen Sachen, welche der Erblasser besaß, so wird damit zweierlei von demselben ausgeschlossen.

Erstens die debitores defuncti d. h. die, welche aus einem Rechtsgeschäfte oder Delicte noch zu Lebzeiten des Erblassers sich diesem verbindlich gemacht hatten. Fabricius giebt vollkommen zu, daß gegen diese das Interdict nicht angestellt werden konnte, aber er erklärt dies für gar keinen Gegengrund, daß Interdict und her. pet. nicht eandem quaestionem enthalten habe. Letztere gehe nämlich eigentlich auch nicht gegen die debitores defuncti [4]), wovon nur eine singuläre nicht ganz consequente Ausnahme bestände, wenn der Schuldner sich selbst Erbrecht zuschreibt. Diese Ausnahme rechtfertige sich von selbst aus dem praktischen Bedürfniß. Gegen einen einzelnen Schuldner, der zugleich Sachen aus dem Nachlasse besitze, werde Niemand die her. pet. anstellen. Wäre aber ein pro herede possessor zugleich Schuldner des Erblassers, so sei es bequem und nicht unpassend, diese Obligation mit der allgemeinen Klage zugleich geltend zu machen.

Indeß kann diese Darstellung nach den von uns gegebenen Entwicklungen nicht für richtig gehalten werden. Die Belangung der debitores ist nicht bloß eine singuläre Ausnahme, sondern sie folgt unmittelbar aus dem Principe der hereditatis petitio, indem diese gegen jeden pro herede Usucapienten

---

2) Fr. 13. §. 15. de her. pet.
3) Rh. Mus. IV. 205 ff.
4) Zum Beweise wird fr. 42. de her. pet. angeführt: Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

gestattet sein muß, und hierunter auch der nicht zahlende Schuldner gehört. Es ist daher keineswegs anzunehmen, daß die her. pet. gegen ihn nur dann angestellt worden sei, wenn er auch zugleich **corporum possessor** war; in unseren Quellen ist davon keine Spur zu finden. Jene Stelle aber, auf die sich Fabricius beruft, ist so zu verstehen (Note 4.):

Gegen Jemanden, der die Erbschaft besitzt, stellt ein anderer die her. pet. an, und es fragt sich nun, wie es während dieses Processes mit den Erbschaftsschuldnern zu halten ist. Diese können vollkommen bereit sein zu zahlen, aber sie sind vielleicht ungewiß, wem von den streitenden Theilen das Erbrecht zustehe, vielleicht sind sie sogar vom Rechte des Beklagten überzeugt (**neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem**)[5]. Sollen sie darum mit in den Erbschaftsproceß hineingezogen werden? Offenbar wäre dazu gar kein Grund vorhanden, da sie ja nur das Ergebniß des schwebenden Erbschaftsprocesses abwarten wollen, um dem Sieger zu zahlen, da sie selbst gar keine (rechtliche oder unrechtliche) Ansprüche auf die Erbschaft machen, (**non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem**). Es wird hier demnach ebenso gehalten, wie mit den Erbschaftsgläubigern, welche auch das Ende des Processes abwarten müssen[6]. — Damit will Ulpian gar nicht sagen, daß die her. pet. nur gegen den Schuldner, **qui se dicat heredem esse**, angestellt werden könne; sondern auch gegen den reinen **pro possessore possidens**, der sich in keiner Weise auf Erbrecht stützt, und lediglich nur nicht zahlen will[7]), muß sie zulässig sein, sobald er nur nicht sein Nicht-Zahlen mit dem Schweben eines Erbschaftsprocesses entschuldigt.

---

5) Da in der Stelle gerade geläugnet wird, daß gegen die debitores die her. pet. gehe, so beweisen diese gesperrten Worte entschieden, daß hier ein Erbschaftsproceß gegen einen anderen vorausgesetzt wird.

6) L. 12. C. de her. pet. — Fr. 5. §. 2. de her. pet. — Eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus fieri debeat.

7) Fr. 12. de her. pet. „qui interrogatus: cur possideat, responsurus sit: quia possideo."

Es wäre gar kein Grund, diesen von der hered. pet. auszuschließen, ja gerade gegen diesen mala fide die Zahlung verweigernden, mußte wegen der pro herede usucapio die Klage selbst nach dem Hadrianschen Sct. [8]) von der größten Bedeutung sein. So wird sie denn auch von demselben Ulpian ganz allgemein gegen jeden debitor defuncti für zulässig erklärt [9]), und wenn wir das fr. 42. in dem Zusammenhange hätten, in dem es geschrieben sein wird, so würde auch wohl nicht einmal der Schein vorhanden sein, als wenn Ulpian hier sich selbst widerspräche. —

Hiernach ist allerdings das Resultat, daß wir es als eine Verschiedenheit der Grundprincipien zu erkennen haben, wenn wir die her. pet., nicht aber das Int. quor. bon. gegen die debitores defuncti gerichtet sehen.

Zweitens aber ist in Beziehung auf jenes fr. 2. quor. bon. und den daraus abzuleitenden Umfang unseres Interdicts noch ein anderer Punkt nicht außer Acht zu lassen, und dieser muß durch eine terminologische Bemerkung eingeleitet werden. — Die Römischen Juristen gebrauchen den Ausdruck debitor hereditarius in einer doppelten Bedeutung, einer weiteren und einer engeren. Einestheils bezeichnet es alle, die sich aus Contracten oder Delicten dem Erblasser oder der hereditas jacens (nicht aber dem Erben der schon angetreten hat) [10]), verbindlich gemacht haben. Hier umfaßt es also auch die debitores defuncti [11]). Anderntheils bedeutet es nur

8) Weil auch seitdem die pro. her. us. nur durch die her. pet. revocirt werden konnte.

9) Fr. 13. §. 15. fr. 16. §. 3. de her. pet.

10) Fr. 16. §. 3. — sed si heredis negotium gessit, nequaquam; ab heredis enim debitore peti hereditas non potest.

11) Fr. 13. §. 15. fr. 14. fr. 15. de her. pet. — Item a debitore hereditario, quasi a juris possessore, nam et a juris possessore posse hereditatem peti, constat. — Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert. Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel ante aditam hereditatem damnum dedit — vel aliquam rem hereditariam subripuit. — So auch in jenem fr. 42. cit. — Fr. 15. §. 1. Sed et is, qui pretia rerum

die, welche aus Delicten oder negotiorum gestio der hereditas jacens obligirt sind, wohin also auch Alle gehören, die aus dem Verkaufe von Erbschaftssachen, oder der Einklagung von Erbschaftsforderungen Gelder empfangen haben. Hier wird es den debitores defuncti entgegengesetzt [12]).

Es ist nun die Frage, ob diese debitores hereditarii im engeren Sinne mit jenen debitores defuncti juristisch auf gleicher Stufe gestanden haben, so daß also der Civilerbe, der jedenfalls gleichmäßig gegen sie die her. pet. anstellen konnte, sie auch beide, wenn er wollte, mit Einzelklagen belangen durfte, wozu er wenigstens in Beziehung auf die debitores defuncti entschieden das Recht hatte. Und daran knüpft sich die andere Frage, ob nämlich diese deb. her. ebensogut wie die deb. def. vor Hadrian das Recht auf die pro her. us. hatten? — Ich glaube diese Fragen unbedenklich bejahen zu können. Was die letztere betrifft, so folgt sie eigentlich schon von selbst daraus, daß die pro. herede us. vor Hadrian erlaubt war. Wer die Erbschaftssachen an sich reißen kann, und als die seinigen behandeln, der darf doch auch dieselben veräußern, verschlechtern, ja vernichten, und wenn er auch daraus verhaftet wird, so muß er für diese Handlungen doch dieselbe Entschuldigung vorbringen dürfen, welche ihm für die erste Aneignung der Sachen zur Seite steht; mit andern Worten, er muß sich gegen solche Forderungen ebensogut auf die pro her. us. berufen können, wie jeder debitor defuncti und jeder Besitzergreifer von Sachen, die er noch unverändert in seinem Besitz hat. Ebendeßhalb können diese auch ganz gleichmäßig mit der her. pet. belangt werden. — Aber in dieser juristischen Gleichstellung des debitor defuncti und deb. hereditarius liegt noch mehr; Beide müssen auch ebenmäßig durch Einzelklagen zu belangen sein. Einestheils wird dies schon

---

hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.

12) Fr. 15. §. 3. de her. pet. — Non solum autem a debitore defuncti, sed etiam a debitore hereditario peti hereditas potest. Denique („z B.") ab eo, qui negotia hereditaria gessit, et Celso et Juliano videtur peti hereditatem posse.

durch jene Terminologie bewiesen, wonach Beide mit dem Ausdruck **debitores hereditarii** im weitern Sinne zusammengefaßt sind, und unmöglich noch eine juristische Verschiedenheit zwischen ihnen angenommen werden kann. Anderntheils aber rechtfertigt es sich von selbst durch jene bekannte Auffassung der Römer daß in der **hereditas** die Persönlichkeit des Erblassers noch als fortlebend gedacht wird 13). Also muß denn auch der **debitor hereditarius** gleichsam als **debitor defuncti** angesehen werden 14). —

Machen wir nun hievon die Anwendung auf das prätorische Erbrecht. Wenn Paulus in **fr. 2. quor. bon.** sagt: **hoc interdicto debitores hereditarii non tenentur,** so kann er unmöglich diesen Ausdruck in jenem engeren Sinne genommen haben, und auch wenn es geschehen wäre, so würden dem doch die **debitores defuncti** juristisch gleichstehen. Und umgekehrt kann auch Paulus darunter nicht bloß die **debitores defuncti** verstanden haben, da überhaupt eine solche

---

13) Pr. J. de stip. serv. — personae defuncti vicem sustinet. §. 2. J. de her. inst. — personae vicem sustinet non heredis futuri, sed defuncti. fr. 34. de acq. rer. dom. — Hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet. fr. 33. §. 2. eod. ex persona defuncti vires assumit. — Daraus folgt freilich noch nicht, daß man nicht doch der her. jac. juristische Persönlichkeit beilegen könnte, (Savigny Syst. II. S. 363.) worauf hier indeß nicht weiter eingegangen werden kann.

14) Entschieden beweist sich unsere Behauptung aus folgendem Beispiel: fr. 43. ad. leg. Aquil. — Ob id quod antequam hereditatem adires, damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, quod post mortem ejus, cui heres sis, acciderit etc. verglichen mit fr. 20. §. 4. de her. pet. — Quum praedixerimus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitione venire, quaeritur utrum cum sua natura veniant, an contra? utputa est quaedam actio quae infitiatione crescit; utrum cum suo incremento an vero in simplum veniet? ut legis Aquiliae. Et Julianus scribit simplum soluturum. — Wir sehen also, daß die hereditariae actiones gar nicht in der her. pet. ganz absorbirt und recipirt werden, daß es in der Wahl des Erben steht, sie mittelst der Universalklage oder als Einzelklage geltend zu machen.

Terminologie, wonach die debitores hereditarii gerade den debitores hereditarii im engern Sinne entgegengesetzt werden sollten, widersinnig sein würde. Vielmehr kann der Jurist nur jene weitere Bedeutung im Sinne gehabt haben, und da nicht der geringste Grund vorhanden ist, die Aechtheit seiner Worte zu bezweifeln, so folgt also, daß vom Interdicte alle Obligationen ausgeschlossen sind, welche dem Erblasser oder der her. jac. gegenüber begründet sind. Paulus bestätigt dies ausdrücklich, indem er den Gegensatz noch besonders hinzufügt: sed tantum corporum possessores (tenentur).

Danach kann wohl die wesentliche Verschiedenheit des Gegenstandes zwischen her. pet. und Int. quor. bon. nicht mehr geläugnet werden. Aber darin liegt nicht zugleich, daß dem bon. possessor, der doch in alle Befugnisse eines Erben eintreten sollte, keine Klagen gegen die debitores hereditarii zugestanden hätten. Vielmehr wurden sie von ihm, da sie den debitores defuncti juristisch gleichstehen, und da auch der heres gegen sie mit Einzelklagen auftreten konnte, ganz gleichmäßig durch fictitiae in personam actiones belangt[15]). Und so ist also der b. possessor hier völlig genügend geschützt. — Dies gerade scheint von Fabricius verkannt worden zu sein, und danach mußte er dazu getrieben werden, den Beweis zu versuchen, (a. a. O.) daß wenn das Interdict auch nicht gegen die debitores defuncti, es doch ebenso wie die her. pet. gegen die debitores hereditarii müsse gebraucht werden können. — Seine Gründe sind nicht haltbar. Er geht als von etwas Unzweifelhaftem davon aus, daß das Interdict erst nach dem

---

15) Wenn man irgend juristisch consequent sein will, so muß man dies annehmen, auch wenn man das Int. auf die debitores hereditarii ausdehnen wollte. Und darin kann uns auch Gaius nicht irre machen, der die fictitiae actiones scheinbar auf die debitores defuncti beschränkt (IV. 34. neque id, quod defuncto debebatur, potest intendere dari sibi oportere). Diese deb. def. sind die Hauptsache, an die sich die deb. her. von selbst anschließen, und auf die genaueren Einzelnheiten einzugehen, konnte in den Institutionen nicht Gaius Sache sein. Die Formel der fictitia in pers. act., welche Gaius angiebt, paßt vollkommen auch auf die debitores hereditarii im engern Sinne.

Vorbilde des Hadrianschen Senatusconsults für die her. pet. eine Rescission der pro hered. usuc. und die Anwendbarkeit auf den qui dolo malo desiit possidere in sich aufgenommen habe. Dann aber sei es gegen alle Consequenz, anzunehmen, daß nicht auch die übrigen Fälle, in denen die her. pet. angestellt werden könnte, für das Interdict recipirt worden wären[16]. — Allein schon an und für sich berechtigt jene Voraussetzung noch gar nicht zu einem solchen Schluß, und außerdem ist die Voraussetzung selbst oben bereits (§. 21.) als eine höchst unwahrscheinliche dargestellt worden. — Für die Zeit vor Hadrian aber weiß F. überhaupt keinen Grund vorzubringen, als eine höchst precäre Vermuthung, daß die Edictsworte des Interdicts anders gefaßt worden seien[17]. Aber auch wenn man ihm die vorgeschlagene Fassung zugäbe, so wäre damit für seine Behauptung gar nichts bewiesen.

Danach bleibt nur noch ein Grund übrig, die Berufung auf fr. 1. §. 1. quor. bon., wodurch die Behauptung des Paulus, daß das Interdict nur gegen die corporum possessores gehe, widerlegt werden soll. Von dieser Stelle wird alsbald noch besonders gehandelt werden (s. d. flgdn. §. Note 9).

§. 50. Ebenso wie wir aus dem Principe der b. p. sich den Gegenstand des Int. quor. bon. anders als bei her. pet. entwickeln sehen, so läßt dasselbe sich auch

2) für den Zweck unseres Rechtsmittels durchführen. —

---

16) Der Beweis, den F. hierfür aus den Edictsworten (fr. 1. pr. quor. bon. s. oben §. 21.) ableitet, widerlegt sich gleichsam selbst. Der darin vorkommende Ausdruck: de his bonis sei so allgemein, daß man ihn schwerlich auf Sachen, welche der Bekl. in natura besitze, beschränken dürfe. Aber der Prätor sagt ja nicht, das Interdict solle allgemein auf die bona gehen, sondern auf id, quod de his bonis possides, also gerade auf das, was der Bekl. noch in natura besitzt. Wie weit es auch auf das gehen solle, was er nicht mehr besitzt, findet ja der Prätor nöthig, noch besonders hinzuzusetzen (possideresve si nil usucaptum esset, quodque dolo malo etc.

17) Es soll nämlich statt der Worte: de his bonis früher eorum geheißen haben.

Wenn die her. pet. auch mancherlei obligatorische Bestandtheile enthält, so haben es dessenungeachtet die Römischen Juristen wohl erkannt, daß der Kern der Klage sich doch immer auf die corpora hereditaria beziehe, d. h. auf alle die Sachen, welche der Erblasser bei seinem Tode im Besitz hatte. Es folgt dies von selbst daraus, daß hierauf hauptsächlich sich auch das Institut der pro herede usucapio bezog, um dessentwillen ja die her. pet. so gestaltet worden ist, wie wir sie im Röm. Rechte finden [1]). Man wollte gerade ein Mittel haben, die Herausgabe der Sachen zu verlangen, durch deren Besitz der Beklagte im Begriff war, das Erbrecht des Klägers zu verletzen, woraus denn die Regel sich erklärt, daß was nicht restituirt werden kann, auch nicht in diese Klage gehört [2]). — So sehen wir, daß die stete Abhängigkeit von der pro her. usuc. doch nicht ganz die Gestalt der her. pet. zu verwischen vermogt hat, welche sie rein dem Auge darbieten würde, wenn sie ohne äußere Einflüsse aus dem Begriffe des Erbrechts abgeleitet wäre. Wenn es nie eine pro her. usuc. gegeben hätte, so würde, wie sich wohl ohne Träumerei sagen läßt, seit der Zeit, wo ein Erblasser mehr als Eigenthumsgegenstände hinterlassen konnte (§. 46. Note 8.), die Klage folgendermaßen construirt worden sein. Man würde einestheils das Gebiet der Einzelklagen als die eine Hälfte der aus dem Erbrecht fließenden Befugnisse, völlig abgesondert gehalten haben [3]). Es würde diesen die her. pet. als die zweite Hälfte dieser Befugnisse gegenübergesetzt worden sein, nämlich als Klage auf die Gesammtheit der Erbschaftssachen [4]). Beide Gebiete haben

1) Fr. 25. §. 18. de her. pet. — Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

2) Fr. 19. §. 3. eod. — Servitutes in restitutione hereditatis non venire ego didici, quum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus; sed si non patiatur ire et agere propria actione convenietur.

3) Etwa mit Ausnahme der debitores hereditarii im eng. Sinne, welche der Natur der Sache nach so zwischen beiden Gebieten liegen, daß sie auch zu beiden gerechnet werden können.

4) Fr. 19. pr. de her. pet.

das Gemeinsame, daß ein und derselbe Beweis, der des Erbrechts, zu liefern ist. Beide trennen sich wieder durch andere verschiedene Beweispunkte, welche dem Kläger obliegen (§. 46. gegen das Ende). Aber darin liegt denn auch, daß die her. pet. nicht den vorherrschenden Charakter gehabt haben würde, als wenn sie die eigentliche und einzige [5]) Klage wäre zur Geltendmachung des Erbrechtes, der ideellen hereditas. Es würde klar ausgesprochen sein, daß sie nur auf die reelle hereditas, die Erbschaft, nicht das Erbrecht gehe und dabei hätte sie doch dieselbe formelle intentio haben können (hereditatem meam esse) [6]), aber freilich in ganz anderem Sinne.

Es ist nicht zu läugnen, daß als die pro herede usucapio nicht mehr eine Ersitzung des Erbrechtes gewährte, die Römer immer näher dazu hingeführt werden mußten, die Klage vielfach bloß nach dem dadurch realisirten Zweck, nicht so sehr nach ihrem einmal bestehenden juristischen Gewande ins Auge zu fassen, und so ist es nicht unmöglich, daß jene in Note 2. angegebene Regel erst seitdem entstanden ist. Aber dabei bleibt es doch nicht minder wahr, daß sie nie das anfängliche juristische Princip der Klage, das direkt auf die Anerkennung des Erbrechtes geht, aufgegeben haben, woher es kommt, daß die Römischen Juristen wieder in anderen Stellen fast zu wenig ihr das Gebiet der Einzelklagen entgegensetzen [7]).

Von dieser juristischen Gestalt der her. pet. sehen wir jetzt im Vergleich mit dem Int. quor. bon. ganz ab, sie konnte in dem Prätorischen Rechtsmittel nicht nachgeahmt werden, weil es sonst wieder jene fictitia her. pet. sein würde, die, wie vorher gezeigt ist, dem ursprünglichen Begriff der b. p.

---

5) Sollte man nicht glauben, wenn man Stellen liest wie fr. 20. §. 4. de her. pet.: „Quum praedixerimus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitione venire". — es sei dies die Klage zur Geltendmachung des gesammten Erbrechtes?

6) Fr. 10. §. 1. de her. pet.

7) Hieraus erklären sich leicht die verschiedenen Ansichten neuerer Schriftsteller, wonach einestheils man die her. pet. als allgemeine Klage für alle Befugnisse des Erbrechts angesehen, anderntheils sie wieder bloß auf die relle hereditas beschränkt hat.

durchaus fremd sein mußte. Aber jener Hauptzweck der her. pet., nämlich die Herausgabe der gesammten corpora hereditaria [8]) muß noch genauer ins Auge gefaßt werden; wir haben zu fragen, ob nicht wenigstens in Beziehung auf sie, das Int. quor. bon. mit der her. pet. eandem quaestionem enthalten habe?

Bei der Construirung der Rechtsmittel für den bonorum possessor als fingirten heres hatte der Prätor freie Hand, er konnte sich von dem aus dem Begriffe des Erbrechtes Folgenden allein leiten lassen. Eben deßhalb sondert er das Gebiet der Einzelklagen vollkommen ab; aber diesem mußte als zweites ein anderes Rechtsmittel gegenübergestellt werden, damit das Eintreten in die Persönlichkeit des Erblassers vollendet werde. Ein Rechtsmittel, wodurch die vom Verstorbenen innegehabten corpora ebenso wieder beim b. possessor vereinigt würden. Bei diesem Rechtsmittel können unmöglich von Seiten des Besitzers Einreden darauf gestützt werden, daß der Erblasser kein definitives Recht an den Sachen gehabt habe, denn dadurch wird noch nicht gerechtfertigt, daß der Bekl. im Besitze sei. Sondern dies Verhältniß muß ganz so wieder hergestellt werden, wie es beim Tode des Erblassers war, und da hier dieser im Besitze, also in der Lage war, daß Andere mit ihren Ansprüchen auf Sachen klagend gegen ihn auftreten mußten, so hat auch der b. possessor das Recht, auf die Beklagtenrolle Anspruch zu machen, oder mit andern Worten, der Besitzer von Erbschaftssachen ist vorerst verpflichtet diese herauszugeben, und dann mit seinen etwaigen Ansprüchen darauf klagend aufzutreten. Hierin liegt denn auch zugleich, daß ebensogut wie der Besitzer keine dergleichen Fragen einmischen darf, so auch der b. possessor, um die Herausgabe der Erbschaft zu verlangen, sich auf Beweise über das etwaige Recht des Erblassers an diesen Sachen gar nicht einzulassen braucht, sondern

8) Es sei mir erlaubt, unter diesem kurzen Ausdruck alle in der Detention des Erblassers mortis tempore gestandenen Sachen zusammenzufassen, obgleich freilich Paulus in fr. 19. pr. de her. pet. ihn im engeren Sinne nimmt.

sobald nur feststeht, daß er die b. p. erhalten habe, seine Forderung lediglich auf den Beweis, daß die Sachen sich zuletzt in der Detention des Erblassers befanden, stützen kann. Dieser Beweis geht nur auf die genauere Bestimmung der Sachen, welche gefordert werden, während das Recht, sie zu fordern, sich lediglich auf die Ertheilung der b. p. stützt. Eine solche Forderung aber, die sich lediglich auf einen einzigen juristischen Gruud stützt, ist gerade das, was wir mit dem Ausdrucke einer Universalklage bezeichnen. Denn nicht irgend eine äußere Verbindung macht eine Menge einzelner Sachen zur universitas, sondern das Recht einer bestimmten Person, sie alle aus einem und demselben Grunde, ohne sich weiter auf jede dieser Sachen besonders einzulassen, einfordern zu dürfen. —

Das kurze Resultat hievon ist also, daß es aus der Natur der b. p. hervorgeht, der bon. possessor müsse lediglich in Folge des ihm verliehenen fingirten Erbrechtes eine Universalklage auf alle von Anderen in Besitz genommenen corpora hereditaria gehabt haben. Und das ist es gerade, was unsere beiden Pandektenfragmente im Titel quorum bonorum sagen. Nach Paulus ist es gegen die corporum possessores gerichtet, und Ulpian hebt hervor, daß es ad universitatem, non ad singulas res pertinet [9]).

Vergleichen wir nun hiermit den Hauptzweck der her. pet. so enthält dieser offenbar dasselbe. Auch damit fordert man die corpora ein [10]), auch hier wird die Klage auf die universitas gerichtet [11]), indem die klägerische Behauptung

---

9) Also diese Stellen widersprechen sich nicht allein nicht, sie gehören wesentlich zu einander. Fabricius a. a. O. kann nur auf höchst willkührliche Weise einen Widerstreit beider Stellen herausbringen. Das Wort universitas bezeichne gerade einen Compler verschiedenartiger (?) Rechte, wogegen das: singulae res sich nur auf Eigenthum (?) im eigentlichen Sinne, also auf Körper deuten ließe. Mithin sage Ulpian, daß das Interdict nicht bloß gegen die corporum possessores gehe. Und natürlich muß dem nun der Ausspruch des Paulus weichen!

10) Fr. 19. §. 3. de her. pet.

11) Fr. 18. §. 2. eod. — Et placuit, universas res hereditatis in hoc judicio venire, (sive jura) sive corpora sint. — Fr.

sich ebenfalls auf einen einzigen Grund, sein Erbrecht stützt, welches er also beweisen muß, wozu noch der andere, auch vom b. possessor zu liefernde Beweis kommt, daß die Sachen mortis tempore im Besitz des Erblassers gewesen wären. So sind denn auch hier die Fragen über das besondere Rechtsverhältniß an einzelnen Sachen ganz ausgeschlossen, indem gerade durch den Sieg mit der her. pet. der heres in die Lage versetzt werden soll, daß in Beziehung auf jene besonderen Verhältnisse Andere klagend gegen ihn auftreten müssen.

Wenn also in allen diesen Punkten vollkommene Uebereinstimmung zwischen Int. quor. bon. und her. pet. durchaus zugegeben werden muß, so ist die Vermuthung leicht zu erklären, daß beide Rechtsmittel auch überhaupt völlig eandem quaestionem enthalten hätten. Indeß kann, wie mir scheint, diese Vermuthung, abgesehen noch von allen anderen Beweisen, auch wieder bereits aus dem Principe der b. p. widerlegt werden.

Ebenso wie bei den fictitiae actiones kein Beweisverfahren vor dem judex über die Ertheilung der b. p. Statt finden kann, so muß es auch bei dem Int. quor. bon. sein. In der Ertheilung der b. p. liegt zugleich die Verpflichtung des Prätors, dem b. possessor dieses Rechtsmittel zu gewähren, und umgekehrt, sobald im einzelnen Fall für Jemanden das Interdict gesprochen wird, so liegt darin, daß ihm der Prätor die b. p. gegeben habe [12]). Der Beweis dreht sich vor dem judex nur darum, ob die vom Bekl. besessenen Sachen corpora hereditaria sind. Gelingt er, so sollen sie herausgegeben werden. Bei den fictitiae actiones ist die Formel so gefaßt, daß nicht etwa dem Gaius Seius, als Gaius Seius, das Eigenthum der Sache oder die Forderung zugesprochen wird, sondern daß er nur als fingirter interimistischer heres sie einklagen darf. Damit ist also immer die Möglichkeit gelassen wor-

---

20. §. 10. eod. — Non solum autem in hereditate utimur SCto, sed et in peculio castrensi et alia universitate.

12) Der Prätor kann im einzelnen Fall nicht die allgemeine Edictsformel des Interdictes ausgesprochen haben, sondern es mogte etwa so lauten: quod de Lucii Titii bonis, quorum possessio Gaio Seio data est, — possides — id illi restituas.

den, daß der heres noch wieder dem b. possessor die Erbschaft, und also auch das mit jenen Klagen Erlangte, abfordern dürfe. Eine exceptio rei judicatae ist undenkbar. Ebenso muß es beim Int. quor. bon. sein. Der b. possessor will nur einstweilen die Sachen haben, die dann der heres wieder von ihm abfordern kann. Aber dies Auftreten des heres setzt die Anstellung der her. pet. voraus, so daß dem b. possessor die Beklagtenrolle zufällt. Bis er in diesem Proceß besiegt ist, gilt er, durch Prätorische Machtvollkommenheit constituirt, für den Erben. Und ebensogut wie er sich nicht weigern kann, weil er nicht heres sei, die Creditoren und Pontifen zu befriedigen, so können auch Andere nicht diesen Grund anführen, um das dem heres zu Leistende dem b. possessor vorzuenthalten. Gerade weil die her. pet. noch hinterdrein kommt, müssen die Rechtsmittel des b. possessor einen ganz anderen Zweck haben. Bei der her. pet. muß das Erbrecht bewiesen werden, aber deßhalb wird auch die Herausgabe der corpora hier definitiv festgestellt. In Beziehung auf die Eigenthumssachen des Erblassers hat sie völlig die Wirkungen der rei vindicatio, und nur in Beziehung auf die res commodatae, depositae etc. wird dadurch bloß ein interimistisches Haben bezweckt. Aber gerade hierin liegt der stringente Beweis auch für die Natur des Int. quor. bon. Da nämlich die her. pet. in Bezug auf das interimistische Haben der res commodatae etc. nicht durch die Gegenbehauptungen von materiellen Rechten an diesen Sachen ausgeschlossen werden kann, so kann auch das Interdict des b. possessor, dem an allen res hereditariae, auch den Eigenthumssachen des Erblassers, nur ein interimistisches Haben verliehen wird, nicht durch Gegenbehauptungen eines materiellen definitiven Rechtes an der Erbschaft afficirt werden. Wenn man darauf einginge, so würde damit das Recht des b. possessor bei dergleichen Fragen die Beklagtenrolle zu haben, unbefugterweise elidirt sein [13]).

---

13) Kurz gesagt: weil die b. p. zur sine re werden kann, so darf das Int. quor. bon. nicht eandem quaestionem mit der her. pet. ent-

Indem also alle definitiven Fragen über das Erbrecht aus dem Interdictenproceß zu verbannen waren, so konnte die juristische Auffassung dieses Rechtsmittels nur die Erlangung des Besitzes, der possessio enthalten, von der es oben (§. 35.) dargestellt ist, daß sie das formelle, interimistische Recht an Sachen bedeutet, welchem alle Fragen über eine materielle, der ganzen übrigen Welt gegenüber durchzusetzende Befugniß an denselben (jus in rem) durchaus fremd sind. Und dies ist das Dritte, was wir aus den Stellen des Titels quor. bon. erfahren; „et est adipiscendae possessionis," sagt Ulpian; und wenn er hinzusetzt: universorum bonorum, so kann er natürlich nur alle die bona meinen, an denen possessio Statt findet, also die corpora hereditaria[14]).

Damit ist denn zugleich der nothwendige innere Zusammenhang angegeben, in dem alle diese einzelnen Bestimmungen des Interdictes zu einander stehen. Da es in Folge der Natur der h. p. nur auf possessio gestellt werden konnte, da die possessio in ihrer wahren Bedeutung sich nur auf corpora bezieht[15]), so ist es durchaus nichts Willkührliches, daß es nur auf diese Letzteren gerichtet ist. Und daher kommt es eben, daß auch jene debitores hereditarii im engeren Sinn (s. §. 49. Note 15) völlig aus dem Interdict gewiesen, und in das Gebiet der fictitiae actiones gestellt werden mußten, während sie an und für sich nach dem Begriffe der Universalklage sobald diese nur eine definitive ist, auch ebensogut zu ihr gerechnet werden können (s. Note 3), und eben deßhalb auch ganz consequent in der her. pet. mit enthalten sind.

---

halten haben. Dies Argument, welches bereits von Francke R. C. R. S. 98. der Savignyschen Ansicht gegenüber, angedeutet ist, scheint mir trotz aller Fabriciusschen Invectiven (b. p. S. 200 Note 209) völlig unumstößlich.

14) Es ist in Note 16 des vor. §. bereits angedeutet, daß dies auch lediglich der Sinn der Edictsworte ist: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis — — possides — id illi restituas. Das Interdict soll nur auf den Theil der bona gehen, welcher Gegenstand der possessio sein kann.

15) Fr. 3. pr. de acq. vel am. poss.

Indem wir hiernach die allgemeinen Sätze des Int. quor. bon. aus dem Begriffe der b. p. construirt, und mit völliger Uebereinstimmung der Quellenaussprüche als unabhängig von der her. pet. dargestellt haben, so liegt darin, daß einestheils dies Rechtsmittel, schon seitdem es überhaupt eine b. p. gab, als bestehend angenommen werden muß. Denn ebensogut wie wir uns ohne fictitiae actiones keine b. p. denken können, so muß auch daneben noch das Interdict vorhanden gewesen sein, wenn der fictus heres alle aus dem Erbrecht fließenden Befugnisse sollte geltend machen können.

Anderntheils aber gewährt dies wieder einen neuen Vermuthungsgrund, daß auch die übrigen Nebenbestimmungen des Interdictes, nämlich die Rescission der pro herede usucapio, und die Ausdehnung auf den qui dolo desiit possidere [16]) ganz unabhängig von der her. pet., insbesondere dem Hadrianschen Sct., vom Prätor aufgestellt sind. Von dem ersteren Punkte ist dies oben bereits (§. 21) selbständig untersucht worden; und auch der letztere scheint mir mehr als wahrscheinlich. Daß nämlich bei Klagen auf ein Restituiren oder Exhibiren dieses Aufgeben des Besitzes dem wahren Besitze gleichstehe, war schon lange vor dem Hadrianschen Sct. angenommen worden [17]), und so mag dieser Satz auch schon bei der her. pet. gegolten haben [18]). Durch das Sct. wurde nur ein erweitertes Princip aufgestellt, das aber nur auf petitori-

16) . . . quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve (pro herede aut possessore), si nil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas. fr. 1. pr. quor. bon. —

17) Z. B. fr. 15. ad exhib. — ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait, quia neque possideas eum, neque dolo feceris, quominus possideres. — Fr. 2. §. 42. ne quid in loco publ. fr. un. §. 13. ne quid in flum. publ. fr. 8. §. 3. de precar. fr. 1. §. 7. quod legator. fr. 3 §. 6. de tabul. exhib.

18) Fr. 20. §. 6. de her. pet. — Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito . . . de quibus quum forma sit data senatusconsulto . . .

sche Rechtsmittel paßte. Sobald wir also darthun, daß zu diesen das Interdict nicht gehörte, so folgt daraus, daß bei ihm dies Princip ebensowenig wie z. B. bei der actio ad exhibendum anwendbar war.

b) Charakteristik der gesammten Interdicte.

§. 51. Bisher ist die Natur des Int. quor. bon. aus den allgemeinen Principen der b. p. abgeleitet worden, aber wir dürfen dabei nicht stehen bleiben. Wir müssen noch von einer anderen Seite her eine Basis für unser Rechtsmittel aufführen, und prüfen, ob wir auf diesem Wege zu denselben Resultaten gelangen, als die bisherige Untersuchung ergeben hat. Ebensogut nämlich wie es Theil der b. p., und von dieser abhängig ist, gehört es auch von anderer Seite in die weitgreifende Interdictenlehre, und so müssen wir denn, falls unsere Ansicht überhaupt richtig sein soll, mit den Principien dieser letzteren ebendahin gelangen, worauf uns die Principien des Prätorischen Erbrechts geführt haben. Vergessen wir also einstweilen das bisher Gesagte, und bahnen wir uns einen selbständigen Weg durch das Gebiet der Interdicta. Offenbar muß, wenn es uns gelingt, ohne Willkührlichkeit und Unwahrscheinlichkeiten von zwei ganz verschiedenen Seiten zu demselben Ziele zu gelangen, dies eine Bürgschaft für das Gelungensein der Untersuchung gewähren.

Man hat erst in neuerer Zeit angefangen, zu prüfen, ob sich nicht für die Menge der Rechtsmittel, die wir im Römischen Rechte unter dem Namen der Interdicta finden, gemeinsame Principien auffinden lassen, wodurch sie sich in der Form und im Wesen der damit durchgesetzten Rechte von anderen Rechtsmitteln, namentlich den actiones unterschieden. Die ältere Theorie, welche sich ohne viel Bedenken von dem Einen auf den Anderen forterbte, ist die, daß Interdicte summarische Rechtsmittel seien, also solche Sachen beträfen, welche eines schleunigeren Proceßgangs bedurften. Und in der That konnte der Zustand der Justinianeischen Compilation kaum auf etwas Anderes führen. Seitdem aber in Gaius eine neue, reichliche Ausbeute darbietende Quelle eröffnet wurde, mußten

gar mancherlei Bedenken gegen jene Theorie sich erheben, und seitdem ist nun mit bedeutendem Aufwande von Scharfsinn auf der einen Seite die Rettung der älteren Ansicht freilich in sehr verschiedener Weise versucht, und auf der anderen Seite eine neue Theorie dem gegenübergestellt worden. Letztere läßt sich, wenn gleich auch hier die Schriftsteller vielfach von einander abweichen, auf folgende Punkte zurückführen [1]):

Der Interdictenproceß des ordo judic. priv. sei keineswegs allgemein ein summarisches Verfahren zu nennen, indem weder eine bloße Bescheinigung des durchzusetzenden Rechtes hier genügend gewesen, noch auch das Ganze vom Principe des raschen Abthuns der Sache beherrscht worden sei. Sondern er könne nur als ein strengeres Verfahren aufgefaßt werden, da aus dem dabei vorkommenden Befehle des Prätors [2]) höchst nachtheilige Folgen und eine Abschreckung vor dem Proceß hätten entstehen können, während davon abgesehen durchaus der regelmäßige Proceßgang eingetreten sei. Es habe nun diese Art des Verfahrens in allen den Fällen Statt gefunden, wo der Prätor zuerst, gleichsam versuchsweise, als Klagenbildend aufgetreten sei. Also bei Fragen, die bisher noch nicht unter Regeln des Civilrechts gestanden hatten, mithin nur factische Verhältnisse gewesen waren [3]). So mußte schon zur Zeit der legis actiones für die dringendsten Fälle der Unbilligkeiten der Prätor durch Interdicte Sorge getragen haben. Später aber habe der Prätor kräftiger eingegriffen, und auch wahre actiones gegeben, deren Kreis also jetzt erst über das Gebiet des Civilrechts erweitert worden sei. Wo sich nun in Beziehung auf dasselbe Verhältniß ein Inter-

1) Es wird hier auf dasjenige, was sich im Verlaufe des Streites ausgeglichen hat, nicht weiter Rücksicht genommen. Außer den §. 48. Note 1 citirten Schriftstellern ist noch zu bemerken, Zimmern R. G. III. 219 u. ff, die treffliche Erörterung in Hollwegs Handb. d. Civ Proc. I. S. 383 ff. und Puchta Inst. II. S. 138.

2) Etwa wie bei unseren bedingten Mandatsproceß.

3) Diesen Gedanken entlehnen die folgenden Schriftsteller von Zimmern. a. a. O. S. 525. — s. Huschke in den Studien I. S. 3. Note 4*. und S. 339.

dict und eine actio fänden, sei jenes als das frühere anzusehen, während diese erst gegeben sein könne, als das fragliche Verhältniß schon festeren Bestand gewonnen hatte, und als ein Recht angesehen wurde. Daraus ergiebt sich denn freilich die Folgerung von selbst, daß in solchen Fällen Interdict und actio durchaus eandem quaestionem enthalten habe, und ein Fortbestehen des Interdictes neben der actio nur eben aus jenem strengeren Interdictenverfahren abgeleitet werden könne.

Direct durch Quellenzeugnisse läßt sich diese Ansicht, welche in ihrer einfachen Construction ungemein viel Ansprechendes hat, weder beweisen noch widerlegen. Sie ist, wie Huschke es nennt, eine jener „Lebensideen," deren Halt davon abhängt, ob das gesammte uns überlieferte Material der Quellen daraus völlig erklärt und zu einem organischen Ganzen zusammengeordnet werden könne. — Ich habe nun dieser Theorie eine neue entgegenzusetzen, nicht eben um bloß etwas Neues zu sagen, (sie ist es nicht einmal in allen Punkten) sondern in der Ueberzeugung, daß durch jene unsere Quellenaussprüche noch nicht genügend erklärt worden sind. In ihren Ursprüngen liegen beide so nahe bei einander, daß man sie fast für identisch halten könnte [4]), in ihren Resultaten sind sie sich gerade entgegengesetzt.

§. 52. Die Mehrzahl der im Gebiete des Rechts liegenden Verhältnisse ist der Art, daß nur die einmalige Leistung oder Anerkennung von Seiten des Verpflichteten gefordert wird, worauf dann dessen ganze Verpflichtung dem Berechtigten gegenüber erlischt. Wenn über dergleichen Verhältnisse Streit entsteht, so ist denn auch mit dem einmaligen Spruche des Richters die ganze Angelegenheit beendigt, nach dessen Execution die Sache, als res judicata, nie wieder Gegenstand eines richterlichen Urtheils werden kann.

Dieser Klasse der Rechtsverhältnisse steht eine andere gegenüber, welche dauernde Zustände enthält, bei denen es also nicht mit einem einmaligen Richterspruche geschehen ist,

---

4) Deßhalb tritt hier der sonderbare Fall ein, daß ich mit gleichem Fug und Recht, wie die Gegner, mich auf Zimmern a. a. O. berufen kann.

sondern wo dem, welcher die Jurisdiction hat, es obliegt, eine fortgesetzte Oberaufsicht zu führen, daß ein gewisser factischer Zustand nicht durch unbefugte Eingriffe gestört werde. Damit ist also nicht gesagt, daß diese Verhältnisse nicht Gegenstand von Rechtsregeln, also wahre Rechtsverhältnisse sein könnten, im Gegentheil, auch sie müssen vom positiven Rechte umfaßt werden, aber es geht eben aus ihrer Natur hervor, daß ihr Schutz von Seiten der Obrigkeit eine gewisse dauernde Oberaufsicht erfordere. Der Richterspruch, der auch bei ihnen vorkommen muß, hängt von der ferneren Aufrechthaltung durch den Rechtsprechenden ab, er hat also in sich selbst noch keine Gewähr der juristischen Dauer (res judicata).

Diese Unterscheidung der Rechtsverhältnisse ist keine historische, sondern eine rein dogmatische. Da sie in dem positiven Rechte aller Völker vorkommen kann, so ist es auch möglich, daß sie sich bereits in dem engen Kreise des alten Römischen Civilrechts finde. Und ferner muß es auch möglich sein, daß sie in dem großen Gebiete der Rechtsverhältnisse vorliege, welche durch das Prätorische Edict zu Theilen des in Rom geltenden Rechtes wurden. Fragen wir aber, ob bei der Römischen Gerichtsverfassung diese Unterscheidung den Römern als eine Sache von Wichtigkeit auffallen konnte, so ist dies offenbar nach dem Principe des ordo judiciorum privatorum zu bejahen. Der judex nämlich hat kein imperium, er ist eine Privatperson, welche nur auszusprechen vermag, was res judicata werden kann, also nur die Rechte können von ihm entschieden werden, die in der Abgabe einer Endsentenz ihre völlige definitive Erledigung finden [1]). Wo dagegen Rechte jener zweiten Gattung zur Sprache kommen,

1) Die Römer nehmen an, mit der Litiscontestatio trete (entweder ipso jure oder mittelst einer exc. rei in judicium deductae) eine neue Obligation an die Stelle der alten Forderung, nämlich condemnari oportere debitorem. Gai. III. 180. Es giebt aber Rechte, wo der Kläger noch etwas ganz Anderes als bloße Condemnation des Bekl. (oder etwa präjudicielle Feststellung eines Rechtsverhältnisses Gai. IV. 44) verlangt, woraus denn aber auch folgt, daß ihm hier nicht mit dem Spruche eines judex genügt sei.

kann nur das imperium des Prätors helfen, und so muß denn dieser auch selbst die Führung des Processes übernehmen. Hieraus folgt, daß jene dogmatische Unterscheidung der Rechtsverhältnisse in Folge der Eigenthümlichkeit des ordo judiciorum bei den Römern sehr viel mehr, als dies bei uns heutzutage der Fall ist, auch in der äußern Form der Processe zur Erscheinung kommen mußte, und darauf beruht jene bekannte Eintheilung in actiones und extraordinariae cognitiones [2]).

Richten wir nun unsern Blick auf die Gesammtmasse der Interdicte, so muß uns zuerst auffallen, daß sie im Prätorischen Edicte (wovon das 43. Buch der Pandekten das Abbild ist) alle bei einander stehen, woraus doch leicht die Folgerung entnommen werden kann, daß bei ihnen eine materielle Gemeinsamkeit der damit durchgesetzten Rechtssachen zum Grunde liegen müsse, während wenn sie bloß historisch die früheren Rechtsmittel wären, sie doch wohl bei den an anderen Orten abgehandelten Lehren, in die sie etwa einschlagen, eingefügt sein würden [3]). Wenn wir nun aufs Einzelne gehen, so finden wir, daß in der That sie sich unter gemeinsamen Rubriken zusammenfassen lassen. Und deren sind hauptsächlich drei. Entweder nämlich betreffen sie Gegenstände des polizeilichen Schutzes, oder Familienverhältnisse, oder endlich Be-

---

2) So sind Gegenstand der extraordinariae cognitiones die Familienverhältnisse, bei welchen, wenn es sich auch um wahre Rechte handelt, doch die condemnatio eines judex ganz unpassend sein würde, denn hier soll auf das dauernde Zusammenleben der Familienglieder Rücksicht genommen, und danach die Entscheidung getroffen werden, — das kann aber nur vom magistratischen imperium ausgehen. fr. 9. §. 3. de offic. proconsulis. — Außerdem gehören freilich in die extr. cogn. auch die Angelegenheiten, welche die Römer als außer dem wahren Rechtsgebiete liegend, ansahen (Restitutionen, Angelegenheiten der Sklaven). Von diesen spreche ich hier nicht.

3) Daß auch die einzelnen Interdicte unter sich nach Materien und nicht der Zeit nach geordnet sind, hat schon Puchta in den Institutionen bemerkt. Die Materienfolge selbst aber, und in der einzelnen Materie die Anordnung der verschiedenen Interdicte mag wohl der Zeit zuzuschreiben sein.

fitzeszustände. Von ersteren versteht es sich von selbst, daß sie nur von dem imperium des Prätors abhängen können, und daß dasselbe auch bei den Familienangelegenheiten eintrete, ist eben (Note 2) bemerkt worden. Aber auch für die Fragen über das Haben einer Sache (Besitz im weiteren Sinn) wird wohl Niemand andere Gesichtspunkte geltend machen wollen. Es handelt sich ja hierbei um den dauernden Zustand, daß sich eine Sache in Jemandes Hand befinde. Wer kann, damit dies factische Haben [4]) in Zukunft gesichert sei, darüber anders entscheiden, als der Prätor in Folge seines imperium?

Danach gehören alle diese Verhältnisse unter jene zweite Klasse von Rechten, welche den mit actiones geschützten gegenüberstehen, und jedenfalls läßt sich auch für diejenigen Interdicta, welche man unter jene drei Rubriken nicht wohl rechnen kann, ihre besondere Abhängigkeit vom Prätorischen imperium leicht rechtfertigen. Liegt nun wohl eine Vermuthung näher, als daß die Interdicta in der That ursprünglich Nichts als extraordinariae cognitiones gewesen seien, und eben aus dieser früheren Gestalt jener eigenthümliche spätere Interdictenproceß zu erklären sei? —

Ehr wir indeß weiter auf den Beweis dieses Satzes eingehen, muß das bisher Gesagte noch mit jener oben angegebenen Theorie über die Interdicte zusammengehalten werden. Auch hiernach wären sie zur Schützung factischer Zustände eingeführt, aber in einem anderen Sinne des Wortes; nämlich der Verhältnisse, welche bisher noch keinen Rechtsregeln unterworfen, und eben deßhalb factische waren. Dagegen läßt sich, und dies ist bereits geschehen [5]), zweierlei einwenden.

4) Fr. 19. ex quib. caus. maj. — placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non consistit, possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.

5) Hollweg, Civ. Pr. I. S. 385. — Dieser Schriftsteller nimmt, obgleich er bemerkt, daß ein allgemeines Princip für alle Interdicte schwer aufzustellen sei, doch im Grunde das im Texte Ausgeführte an, indem er es zu den Befugnissen des Prätors rechnet, Befehle und Verbote zum Schutz des Besitzstandes, oder gegen Störungen der öffentlichen Ordnung zu erlassen. S. 387.

Einestheils würde sich nämlich dann zwischen den Interdicten und in factum actiones gar keine Scheidewand ziehen lassen, indem ja auch durch diese Letzteren Rechtsmittel für bisher factische Zustände eingeführt wurden. Weßhalb soll der Prätor nicht gleich darauf haben kommen können, daß er zur Ertheilung solcher actiones befugt sei? Und sollte ihm dies nicht näher gelegen haben, als die Einführung eigener Rechtsmittel, bei denen noch eine eigene Proceßart zu ersinnen war? Endlich aber, da doch jedenfalls der Prätor später solche in factum actiones gegeben hat, weßhalb sind denn nicht, wenn gar kein materieller Unterschied bestanden hätte, jene älteren Interdicte in diesen neuen Klagen aufgegangen? Oder wenn man dagegen einwenden will, daß man die Interdicte um der strengeren Proceßform beibehalten habe; so läßt sich dagegen fragen, warum man denn nicht um dieses Vortheils willen überhaupt immer Interdicta statt der in factum actiones, oder wenigstens beide electiv gegeben habe? Weßhalb hätte man nicht z. B. bei der formula in fact. conc. aus dem Depositum auch ein Interdict gegeben, gerade da doch wahrscheinlich hier überhaupt die Aufstellung jener formula aus der Beabsichtigung einer größeren Strenge hervorgegangen ist [6]). —

Das Alles führt uns darauf, daß auch bei sämmtlichen vom Prätor erst neu eingeführten Rechtsinstituten eine innerliche Verschiedenheit bestanden haben müsse, jenachdem sie durch in factum actiones oder Interdicta geschützt wurden. Und wenn dies zugegeben wird, so mögte hier wohl kein anderer durchzuführen sein, als der oben angegebene. Alsdann aber muß auch jene Voraussetzung, die ja eben nur Vermuthung ist, daß die Interdicta immer älter seien, als die in f. actiones, zusammenfallen.

Es ist passend, dies an folgendem Beispiele klar zu machen. Zum Schutz der vom Prätor erkannten missio in bona hat er eine in factum actio constituirt [7]), und es ist

---

6) Gai. IV. 60. Puchta Instit. II. S. 119.

7) Fr. 1. pr. §. 1. 2. ne vis fiat ei, qui in poss. — Ait Praetor:

keine Spur vorhanden, daß diese nicht schon so lange bestanden habe, als derselbe überhaupt missiones ertheilte. Daneben aber besteht nun noch in electiver Concurrenz ein Interdictum, welches die Römischen Juristen genau von jener actio auseinander halten [8]). Man kann nun den Unterschied beider Rechtsmittel auch hier nicht so stellen wollen, daß das Interdict das strengere Verfahren gewähre, indem hiebei besondere Strafen dem Beklagten gedroht würden. Denn diese Strafen sind entschieden bei der actio dieselben [9]). Es müssen also wohl beide Rechtsmittel ganz verschiedene Intentionen gehabt haben, und dazu gewährt uns das fr. 3. §. 2. cit. den Schlüssel. Wer mit der actio auftritt, thut das in der Art eines Gläubigers (ad exemplum creditorum), also er fordert eben nur Condemnation in eine gewisse Straffumme; daß wirklich die missio noch realisirt werde, davon hat er abstrahirt, er ist mit dem Gelde zufrieden. Gerade weil hier nur eine einfache Condemnation in Anspruch genommen wird, liegt eine wahre actio vor. — Aber wer in der possessio bonorum gestört oder gehindert ist, kann auch direkten Schutz in

si quis dolo malo fecerit, quominus quis permissu meo — in possessione bonorum sit, in eum in factum judicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo. — Hoc edictum summa providentia Praetor proposuit, frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missus tueretur, et prohibentes venire in possessionem coërceret. Est autem generale hoc edictum; pertinet enim ad omnes qui in possessionem missi sunt, convenit enim Praetori, omnes quos ipse in possessionem misit, tueri. — Ulpian leitet es also gleichsam aus dem Begriffe der missio ab, daß diese in f. actio bestehen müsse.

8) Fr. 3. §. 2. eod. — Quum Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. Sed si mulier velit in factum actione uti, ad exemplum creditorum magis quam interdicto posse eam experiri sciendum est.

9) Fr. 1. §. 8. eod. — Hanc actionem — in annum competere — quum sit poenalis — §. 5. eod. Haec verba: quanti eas res etc — continent utilitatem creditoris, ut quantum ejus interest possessionem habere, in tantum, qui prohibuit, condemnetur.

dem Haben der Sache verlangen, alsdann tritt er nicht als **creditor** auf, er fordert das **prohibere** und **restituere**, wobei ihm eine Entscheidung des judex nichts helfen würde, wo vielmehr das Prätorische imperium eingreifen muß. Darauf eben geht jenes zweite Rechtsmittel, das Interdictum. Was hieraus für weitere Folgerungen für den Interdictenproceß hervorgehen, wird alsbald weiter entwickelt werden.

Jener Ansicht, daß die Interdicte die ursprüngliche Form aller vom Prätor **neu** eingeführten Klagen gewesen seien, steht aber noch ein zweites entgegen (s. Note 5). Es giebt nämlich Interdicte, welche sich entschieden auf das Civilrecht stützen, wo also der Prätor gar nicht bloß factische durch Rechtsregeln ungeschützte Verhältnisse vor sich gehabt hat. Die Interdicta de arboribus caedendis und de glande legenda stützen sich ausdrücklich auf die zwölf Tafeln [10]), und mit Recht bemerkt Zimmern, daß das uralte Verhältniß der Possessoren zum ager publicus nie ein schutzloses gewesen sein könne, so daß der Prätor es nicht erst durch Aufstellung der Interdicte zu einem Rechtsverhältniß erhoben hätte. Ganz dasselbe läßt sich aber von der ganzen Reihe von Interdicten sagen, wodurch der Prätor alle Störungen an öffentlichen und heiligen Orten verbietet [11]). Auch im ältesten Recht muß schon der Satz bestanden haben, daß dieselben unter allgemeinem Schutze des Gesetzes ständen, dessen Aufrechterhaltung dem Prätor überlassen ist. Wenn er nun hiebei noch besonders formulirte Rechtsmittel proponirt, so hat er dadurch ebensowenig dem Ganzen erst den Charakter eines **Rechts**verhältnisses gegeben, als wie man durch breitere Nachsprechung eines fremden Gedankens zum auctor desselben wird. — Wenn wir also Alles dies schon Theil des Civilrechtes nennen müssen, dem nur eine **Präto**=

10) Fr. 1. §. 8. de arbor. caed. — Zimmern a. a. O. hebt bereits diese Fälle hervor.

11) D. XLIII. tit. 6—15. — ne quid in loco sacro, — de locis et itinerib. publ. — ne quid in loco publico vel itinere. — de loco publ. fruendo. — de via publ. — de via publ. et itinere publico reficiendo. — de fluminibus. — ne quid in flumine publ. — ut in flumine publ. navigare liceat. — de ripa munienda.

rische Form gegeben wurde, so liegt darin zugleich wieder eine Bestätigung unserer obigen Behauptungen. Das Civilrecht konnte in allen erwähnten Fällen keine actiones aufstellen, weil es hier gar nicht direkt auf eine gewöhnliche Condemnation, sondern hauptsächlich auf dauernden Schutz ankommt, den nur das Prätorische imperium gewähren kann. Der Eigenthümer eines Grundstücks will nicht ein um den anderen Tag mit seinem Nachbar einen Proceß um Wegnahme der heruntergefallenen Früchte führen, und nicht in jedem Augenblicke wegen eines überwachsenden Zweiges eine actio anstellen, er will für alle Zukunft bei Ausübung seiner Befugnisse unbeschränkt sein, ebenso wie auch der Besitz am ager publicus und der ordnungsmäßige Zustand der öffentlichen und heiligen Orte auf die Länge ungestört sein soll. Hier muß sich also nothwendig die civilrechtliche Vorschrift in die Form der Prätorischen Cognition kleiden.

§. 53. Die ausgesprochene Behauptung, daß der gemeinsame Charakter der Interdicte in ihrer Abhängigkeit von der auctoritas des Prätors liege, sie also an und für sich dem Gebiete der extraordinariae cognitiones anheimfallen, — bedarf noch der weiteren Beweisführung. Denn wenn dieser Punkt wahr sein soll, so muß er jedenfalls auch den Römern völlig bewußt gewesen sein, und dann müssen in unseren Quellen noch Spuren davon zu finden sein. Deren giebt es aber auch eine ganze Reihe.

Zuerst ist hier als vorzüglich wichtig die Stelle des Gaius zu bemerken, womit er die ganze Interdictenlehre beginnt und offenbar das ganze Wesen derselben charakterisiren will (IV. 138. 139.)

> Superest ut de interdictis discipiamus. Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit [1]), quod tum maxime facit, quum de

1) Ueber diese Stelle vergl. Zeitschr. f. gesch. R. W. III. S. 291. S. 305 u. S. 366 ff. — Es ist behauptet worden, daß hierin eine Hindeu-

possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet; formulae autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur Interdicta Decretave vocantur.

Also das Eigenthümliche dieser Processe ist, daß sie principaliter von der auctoritas des Prätors abhängen, welche hier interponirt werden muß; und dies zeigt sich auch noch in dem Namen decreta. Wenn sich gleich dieser Ausdruck im engeren Sinne auf die Fälle concentrirt hat, (wie Gaius gleich darauf §. 140 hinzufügt), cum fieri aliquid jubet [2]), so haben doch auch die übrigen Fälle (Interdicta im engeren Sinne, cum fieri prohibet) mit jenen eben das gemein, daß der Prätor auctoritatem suam interponit. Und das liegt gerade in dem Worte decretum, indem es im Allgemeinen jede causa cognita vom Prätor vorgenommene Entscheidung bedeutet, also mit anderen Worten das ganze Gebiet der extraordinariae cognitiones [3]). — Deßhalb mögen alle diese Rechtsmittel, ebensogut wie sie im weiteren Sinne Interdicta heißen, so auch im weiteren Sinne sämmtlich Decreta genannt worden sein. —

---

tung auf das raschere Verfahren bei Interdicten liege. Mühlenbruch a. a. O. S. 205. Aber wenn der Prätor controversiae zu Ende bringt, ist denn damit gesagt, daß er sie rasch zu Ende bringe? Gaius hätte doch das, wenn er gewollt hätte, so leicht andeuten können! — Der Ton liegt vielmehr auf controversiis. Gaius wählt wohl absichtlich diesen Ausdruck zum Gegensatze von lites d. h. technisch den Processen, die auf actiones beruhen. — Vergl. über den Ausdruck: auctoritatem interponere §. 1. J. de fideicom. her.

2) Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid jubet, velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur; interdicta vero cum prohibet fieri, etc.

3) Puchta Inst. I. S. 318 Text zu Note p., der aber behauptet, daß anfangs in Civilrechtssachen dies außerordentliche Verfahren nur in sehr wenigen Fällen zulässig gewesen sei, was denn freilich nach unserer Ansicht sich anders gestalten würde. — Uebrigens kommt der Ausdruck decretum, als jede Endentscheidung des Prätors, sehr häufig vor. s. z. B. Cic. Verr. II. 1. §. 93. 119. 120. 125. 137. etc.

Mit dieser Stelle des Gaius stimmen nun auch die gelegentlichen Aeußerungen der Juristen in den Pandekten überein, aus denen gerade, weil sie gelegentlich geschehen, deutlich hervorgeht, daß damit Nichts gesagt sein soll, was sich eben bloß auf das Interdict bezöge, von dem sie gerade sprechen, sondern was aus der allgemeinen Natur der Interdicte folgt, Aeußerungen, wie wir bei den actiones in factum nicht ähnliche finden.

Fr. 1. §. 2. de itinere act.q. priv. — Sive igitur habuit jus viae sive non habuit, in ea conditione est, ut ad tuitionem Praetoris pertineat.

Fr. 1. §. 2. de cloacis. — Curavit autem Praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur. Quorum utrumque et ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet.

Fr. 7. ne quid in loco publ. — qui adversus edictum Praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet, alioquin inane et lusorium Praetoris imperium erit.

Fr. 3. §. 9. de tab. exh. — Exhibere autem apud Praetorem oportet, ut ex auctoritate ejus signatores admoniti veniant ad recognoscenda signa; et si forte non obtemperent testes, Labeo scribit coerceri eos a Praetore debere [4]).

Besonders klar leuchtet das Gesagte, aus dem Institute der operis novi nunciatio hervor. Dadurch soll ein interimistischer Zustand geschützt werden, bis durch regelmäßigen Proceß das Recht festgestellt worden ist, ob das opus novum gemacht werden dürfe oder nicht. Bei diesem Proceß, der einen durchaus präjudiciellen Charakter hat, liegen alle Erfordernisse einer wahren actio vor, indem das Recht oder Unrecht des den Bau Unternehmenden hier durch einfachen Spruch des judex entschieden werden kann. Hier ist also nicht der geringste Grund,

---

4) So heißt es ferner in Beziehung auf die zum Schutz der Servituten eingeführten Interdicte: Traditio et patientia servitutum inducit officium Praetoris. Fr. 1. §. 2. de serv. pr. rust.

daß der Prätor es in seine Untersuchung und Entscheidung hineinziehe [5]). Dagegen ist außerdem ein factischer Schutz nöthig, sowohl für den Nuncianten, daß der Andere nicht baue, ehe er nicht in jenem Proceß gesiegt oder vorläufig Caution geleistet hat, — als auch für die Bauenden, so bald er genügend Caution gewährt. Dieser Schutz der factischen Verhältnisse zwischen den Nachbaren kann nur vom Prätor ausgehen, wie dies ausdrücklich von Ulpian anerkannt wird.

Fr. 1. §. 9. de op. n. nunc. — Et post operis novi nunciationem committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni.

Und was ist nun das Resultat dieses nur vom Prätor zu gewährenden Schutzes, dem die Parteien sich anzuvertrauen haben? — Zwei Interdicte, ein restitutorium und ein prohibitorium [6]). — Kann es deutlicher gesagt sein, daß das unterscheidende Wesen der Interdicte eben ihre directe Abhängigkeit vom Prätorischen imperium ist?

Hierzu kommen noch folgende Punkte. Schon jenes eben citirte Fragment über das Interd. de tabulis exhibendis giebt uns an die Hand, weßhalb überhaupt die Exhibition eines Testamentes Gegenstand eines Interdictes war. Es soll vor dem Prätor exhibirt werden. Seine auctoritas ist nöthig, damit die Zeugen gezwungen werden könnten, zur Recognition der Siegel zu erscheinen, was geschehen muß, damit der wahre Zweck des Exhibirens eines Testaments erreicht werde [7]). Also wir sehen hier, und zwar schon zu Labeos Zeit, daß der Prätor bei dem, was er befiehlt, directen

5) In der That stellen die Römer auch diese actio den übrigen bei der o. n. n. vorkommenden Fragen sehr bestimmt gegenüber. Fr. 1. §. 7. de op. nov. nunc.

6) Fr. 20. pr. §. 9. eod.

7) Abgesehen von solchen Gründen ist nicht jede Forderung auf exhibere der Art, daß eigends die auctoritas des Prätors angerufen werde. Im Allgemeinen trat hier denn auch die actio ad exhibendum ein, und nur das Princip, daß der Prätor die Familien- und persönlichen Verhältnisse unter seiner directen Aufsicht behalten wollte, veranlaßte wieder die Abtrennung des Interdictum de libero homine, de liberis, de uxore exhibendis.

gar mancherlei Bedenken gegen jene Theorie sich erheben, und seitdem ist nun mit bedeutendem Aufwande von Scharfsinn auf der einen Seite die Rettung der älteren Ansicht freilich in sehr verschiedener Weise versucht, und auf der anderen Seite eine neue Theorie dem gegenübergestellt worden. Letztere läßt sich, wenn gleich auch hier die Schriftsteller vielfach von einander abweichen, auf folgende Punkte zurückführen [1]):

Der Interdictenproceß des ordo judic. priv. sei keinesweges allgemein ein summarisches Verfahren zu nennen, indem weder eine bloße Bescheinigung des durchzusetzenden Rechtes hier genügend gewesen, noch auch das Ganze vom Principe des raschen Abthuns der Sache beherrscht worden sei. Sondern er könne nur als ein strengeres Verfahren aufgefaßt werden, da aus dem dabei vorkommenden Befehle des Prätors [2]) höchst nachtheilige Folgen und eine Abschreckung vor dem Proceß hätten entstehen können, während davon abgesehen durchaus der regelmäßige Proceßgang eingetreten sei. Es habe nun diese Art des Verfahrens in allen den Fällen Statt gefunden, wo der Prätor zuerst, gleichsam versuchsweise, als Klagenbildend aufgetreten sei. Also bei Fragen, die bisher noch nicht unter Regeln des Civilrechts gestanden hatten, mithin nur factische Verhältnisse gewesen waren [3]). So mußte schon zur Zeit der legis actiones für die dringendsten Fälle der Unbilligkeiten der Prätor durch Interdicte Sorge getragen haben. Später aber habe der Prätor kräftiger eingegriffen, und auch wahre actiones gegeben, deren Kreis also jetzt erst über das Gebiet des Civilrechts erweitert worden sei. Wo sich nun in Beziehung auf dasselbe Verhältniß ein Inter-

1) Es wird hier auf dasjenige, was sich im Verlaufe des Streites ausgeglichen hat, nicht weiter Rücksicht genommen. Außer den §. 48. Note 1 citirten Schriftstellern ist noch zu bemerken, Zimmern R. G. III. 219 u. ff, die treffliche Erörterung in Hollwegs Handb. d. Civ Proc. I. S. 383 ff. und Puchta Inst. II. S. 138.

2) Etwa wie bei unseren bedingten Mandatsproceß.

3) Diesen Gedanken entlehnen die folgenden Schriftsteller von Zimmern. a. a. O. S. 525. — s. Huschke in den Studien I. S. 3. Note 4*. und S. 339.

dict und eine actio fänden, sei jenes als das frühere anzusehen, während diese erst gegeben sein könne, als das fragliche Verhältniß schon festeren Bestand gewonnen hatte, und als ein Recht angesehen wurde. Daraus ergiebt sich denn freilich die Folgerung von selbst, daß in solchen Fällen Interdict und actio durchaus eandem quaestionem enthalten habe, und ein Fortbestehen des Interdictes neben der actio nur eben aus jenem strengeren Interdictenverfahren abgeleitet werden könne.

Direct durch Quellenzeugnisse läßt sich diese Ansicht, welche in ihrer einfachen Construction ungemein viel Ansprechendes hat, weder beweisen noch widerlegen. Sie ist, wie Huschke es nennt, eine jener „Lebensideen," deren Halt davon abhängt, ob das gesammte uns überlieferte Material der Quellen daraus völlig erklärt und zu einem organischen Ganzen zusammengeordnet werden könne. — Ich habe nun dieser Theorie eine neue entgegenzusetzen, nicht eben um bloß etwas Neues zu sagen, (sie ist es nicht einmal in allen Punkten) sondern in der Ueberzeugung, daß durch jene unsere Quellenaussprüche noch nicht genügend erklärt worden sind. In ihren Ursprüngen liegen beide so nahe bei einander, daß man sie fast für identisch halten könnte [4]), in ihren Resultaten sind sie sich gerade entgegengesetzt.

§. 52. Die Mehrzahl der im Gebiete des Rechts liegenden Verhältnisse ist der Art, daß nur die einmalige Leistung oder Anerkennung von Seiten des Verpflichteten gefordert wird, worauf dann dessen ganze Verpflichtung dem Berechtigten gegenüber erlischt. Wenn über dergleichen Verhältnisse Streit entsteht, so ist denn auch mit dem einmaligen Spruche des Richters die ganze Angelegenheit beendigt, nach dessen Execution die Sache, als res judicata, nie wieder Gegenstand eines richterlichen Urtheils werden kann.

Dieser Klasse der Rechtsverhältnisse steht eine andere gegenüber, welche dauernde Zustände enthält, bei denen es also nicht mit einem einmaligen Richterspruche geschehen ist,

4) Deßhalb tritt hier der sonderbare Fall ein, daß ich mit gleichem Fug und Recht, wie die Gegner, mich auf Zimmern a. a. O. berufen kann.

Sobald wir beide Verfahrensarten dem Begriffe nach als Eins betrachten, d. h. als Processe, welche die Entscheidung eines mit imperium bekleideten Magistrats erfordern, so folgt, daß beide ursprünglich durchaus zusammengefallen sind, und sich erst im Laufe einer kürzeren oder längeren historischen Entwicklung die eine Proceßart von der anderen abgesondert hat. Da nun wohl Niemand daran denken wird, daß die extraordinariae cognitiones sich aus dem Interdictenverfahren, welches anfangs allein bestanden hätte, entwickelt haben könnten [11]), so bleibt nur die umgekehrte Auffassung übrig, wonach aus dem Verfahren extra ordinem das der Interdicta hervorgegangen ist. Danach glaube ich aber auch meine Behauptung bewiesen zu haben, wenn ich diesen Entwicklungsgang als einen höchst natürlichen und gleichsam sich von selbst bildenden, freilich ohne directe Quellenzeugnisse, nachweisen kann; und das soll nun im Folgenden, freilich nur in kurzen Zügen, versucht werden. Ein Mehres gestattet mir der Raum dieses Werkes nicht.

c) Der Interdictenproceß.

§. 54. Das Eigenthümliche des Interdictenprocesses, wie wir ihn aus Gaius kennen, ist, daß zuerst ein Verfahren in jure Statt findet, welches — nicht wie bei den actiones mit Abfassung einer formula, d. h. der Beauftragung des judex zu condemniren, — sondern mit der vom Prätor selbst vorgenommenen Verurtheilung endigt; womit dann aber doch der Proceß noch nicht vorbei ist, sondern ein auf jene Prätorische Verurtheilung fußendes judicium eintreten kann [1]). Dies

11) Ich spare deßhalb die Gründe, welche einer solchen Ansicht entgegengestellt werden könnten.

1) Gai. IV. 141. Nec tamen, quum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad judicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod id fieri jusserit. — Ich glaube, es muß statt edictum gelesen werden: interdictum, was aus der Sigle idictum sehr leicht corrumpirt werden konnte. Gaius setzt näm-

judicium ist ein doppeltes; et modo, so fährt Gaius fort, cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, velut cum per sponsionem agitur; sine poena, velut cum arbiter petitur, et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur [2]).

Das Gemeinsame dieser beiden Verfahrungsarten ist jedenfalls, daß der judex sich bei seiner Untersuchung der Sache genau an den Befehl des Prätors anzuschließen hat, von welchem also das judicium so direct abhängt, daß es eben nur darauf ausgeht, ob dagegen gefehlt worden ist, oder nicht [3]). Im Uebrigen sind beide Verfahrensarten wesentlich verschieden, wie das Gaius ausführlich beschreibt, und es ist gewiß eine sehr richtige Vermuthung [4]), daß das Sponsionenverfahren das der Zeit nach ältere ist, woran erst durch eine freiere Entwicklung die arbitraria formula geknüpft wurde. Mir scheint dies schon daraus sich zu ergeben, daß jenes das allgemeine Verfahren ist, das bei allen Interdicten eintreten kann, was also das eigentliche Interdictenverfahren ist, während diese sich nur auf die Fälle bezieht, quibus Praetor aliquid fieri jubet. — Dies stimmt aber vollkommen mit unserer Behauptung zusammen, daß ursprünglich alle Interdicte reine extraordinariae cognitiones waren, denn diesen steht das Sponsionenverfahren offenbar so nahe, daß es sich sehr leicht aus ihnen entwickeln konnte.

---

lich offenbar immer scharf gegenüber das jussit (decretum) und das prohibuit (interdictum im engern Sinn). Dieser Gegensatz soll offenbar auch am Ende jenes Satzes enthalten sein.

2) Vergl. Gai. IV. 161, ff.

3) Gai. IV. 166. — judex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est. — Also hier steht nicht: edicto, was wieder einen Schluß auf die Stelle der Note 1 gewährt. — So wird auch wohl die Sponsion (Gai. IV. 165) gelautet haben: ni contra interdictum praetoris non exhibuerit etc.; was auch mit den Blumeschen Zeichen viel mehr übereinzustimmen scheint.

4) S. Hollweg und Puchta a. a. O.

Nehmen wir nämlich an, daß anfangs in allen den Sachen, welche später interdicta heißen, der Prätor extra ordinem verfuhr, so liegt darin, daß die ganze Verhandlung der Sache von beiden Seiten 5) so wie deren weitere Untersuchung vor dem Prätor vorgenommen wurde, und also dessen decretum die wahre Beendigung des Processes enthielt. Wenn nun gegen dies decretum der anbefohlene factische Zustand vom Besiegten verletzt wurde, so gehörte die Untersuchung dieses Contraventionsfalles, und die Verurtheilung in den Schadensersatz an und für sich wieder vor den Prätor. Indeß ist es genugsam aus der Menge der ihm obliegenden Geschäfte zu erklären, daß er, so weit es irgend zulässig war, dergleichen Verhandlungen von sich abzuwenden und auf judices zu übertragen, geneigt sein mußte. Wenn also der Contraventionsfall nicht der Art war, daß nur durch seine potestas der durch das frühere decretum festgestellte Zustand wieder hergestellt werden konnte, sondern wenn es sich nur darum handelte, den Contravenienten wegen etwaiger Störungen in Schadensersatz und Strafe zu nehmen, so eignete sich das ganz zur Cognition eines judex, indem dieser lediglich mit Beziehung auf das vorangegangene decretum zu untersuchen hatte, ob dagegen gehandelt sei oder nicht, und in Folge dessen eine einfache Condemnation auszusprechen war.

Dieser erste Schritt war indeß nicht der Art, daß man dabei hätte stehen zu bleiben brauchen. Die Geschäftslast des Prätors konnte so bedeutend sein, daß es ihm auch drückend war, jene erste Verhandlung und Untersuchung der Sache, auf die das decretum folgte, allein vornehmen zu müssen. Die

5) Daß auch in dem späteren Interdictenproceß immer beide Parteien in jure erscheinen mußten zur Feststellung der gegenseitigen Behauptungen, wird jetzt wohl allgemein zugegeben. Es geht dies einestheils aus Gaius IV. 164 hervor, wonach der Bekl. die formula arbitraria fordern muß, antequam ex jure exeat, anderntheils aus den Bestimmungen über die confessiones in jure, auf die immer zuerst gesehen wird, indem das Interdict überhaupt nur erlassen wird, si neget, se posse vel oportere (adversario satisfacere) fr. 1. §. 1. de tab. exhib. fr. 6. §. 2. de confess. fr. 56. de re judicata.

Mehrzahl der Sachen, worüber wir in späterer Zeit Interdicte finden, kann auch schon in sehr früher Zeit vorgekommen sein; und seitdem sie überhaupt vom Prätor anerkannt wurden, mußten sie auch sehr häufig vorkommen, so daß sich von selbst feststehende Regeln bildeten, wonach der Prätor diese Sachen entschied, Regeln, die denn auch sehr natürlich ins Edict aufgenommen wurden [6]). Die Geschäftslast muß in der That eine sehr bedeutende gewesen sein, wie uns dies ja sogar noch aus einer späteren Zeit bezeugt wird [7]). Das mußte zu einer Abhülfe nothwendig hindrängen, und aus dieser Abhülfe ergiebt sich der Sponsionenproceß der Interdicte von selbst.

Ebensogut wie man nach Abgabe des Decrets den Proceß über einzelne Contraventionen abzweigen und an judices übertragen konnte, so ließ sich auch von jenem ersten Verfahren, das durch das Decret entschieden wurde, noch mancherlei absondern, um die Thätigkeit des Prätors zu vermindern. Jedenfalls freilich mußte der Prätorischen Cognition verbleiben die Feststellung der Behauptungen, weil dies ja auch bei den actiones nie einem judex anvertraut wurde und werden durfte. Ferner mußte bei diesen Interdictensachen auch fernerhin das Urtheil noch vom Prätor gesprochen werden, weil ja gerade darauf ihre ganze juristische Natur ausgeht, daß sie von dessen imperium Schutz erhalten sollen. Es blieb also nur das Beweisverfahren übrig, das aber ließ sich nun allerdings auf den judex übertragen.

Dies hätte man so machen können, daß man nach Feststellung der Behauptungen in jure, das Beweisverfahren auf den judex übergeleitet hätte, nach dessen Beendigung die Sache an den Prätor zurückgebracht worden wäre und dieser das decretum gefällt hätte. Aber eine solche weitläuftige und unbe-

6) Wir können ohne Schwierigkeit annehmen, daß auch schon vor der lex Aebutia über sehr viele Punkte, namentlich die auf dem Civilrecht ruhenden (§. 52. am Ende) bereits Regeln im Edicte standen, ja daß diese damals den größten Theil des Edicts ausgemacht haben mögen. S. Hugo R. G. S. 421. Z. 4 ff.

7) Cic. pr. Caec. c. 13. — Praetor, qui totos dies aut vim fieri vetat aut restitui factam jubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit.

holfene Uebertragung und Rückübertragung konnte keinem Römer in den Sinn kommen.

Offenbar war die Sache viel einfacher abgemacht, wenn man das Beweisverfahren, welches eigentlich dem decretum vorausgehen mußte, das aber der Prätor nicht mehr selbst leiten wollte, — mit jenem ersten Contraventionsprocesse vor dem judex combinirte, wie diese vielleicht schon lange vom Prätor zur Verringerung seiner Geschäfte angeordnet zu werden pflegten. Darin lag also, daß der Prätor nach der Feststellung der beiderseitigen Behauptungen sein decretum sprach, das nun freilich nur ein hypothetisches war, d. h. unter der Voraussetzung, daß die klägerischen Behauptungen richtig und die des Beklagten [8]) unrichtig seien, wurde dem Beklagten befohlen, etwas zu thun oder zu unterlassen. Hiernach wartete man bis zum Contraventionsfalle, also bis der Bekl. in der festgesetzten Zeit das Befohlene nicht gethan, oder bis er zuerst die ihm verbotene Handlung vorgenommen hatte. Jetzt mußte doch jedenfalls ein judicium auf Schadensersatz und Bestrafung des Contravenienten eintreten, also schadete es noch gar nichts, daß bisher das Beweisverfahren, mithin die Frage ob überhaupt der Bekl. schuldig sei, in suspenso gelassen war. Diese konnte jetzt nachgeholt werden, indem der judex nur dann zu condemniren hatte, wenn die Voraussetzung, unter der der Prätor das Decret erlassen, sich richtig erwies. Fanden sich dagegen die Behauptungen des Klägers unbegründet, so war freilich dadurch die Sache verweitläuftigt, indem jetzt der Bekl. absolvirt, der Kläger noch wegen unrichtig angestellten Processes condemnirt wurde, während wenn der Prätor gleich vor seinem Urtheile das Beweisverfahren vorgenommen hätte, weder dies Urtheil noch ein ferneres judicium vorge-

8) Früher ist behauptet worden, daß bei der Erlassung des Interdictes nur die im Edict erwähnten Exceptionen berücksichtigt worden wären, worin wieder eine Summarietät der Interdicte liegen sollte. Indeß wird heutzutage wohl nicht mehr bezweifelt, daß nach ganz freier causae cognitio des Prätors auch andere Exceptionen, sobald sie nur die in Frage stehende Sache betrafen, zugelassen wurden. S. z. B. Fr. 1. §. 6. ne quid in flum. publ.

kommen sein würde. Aber der Prätor hatte jedenfalls seinen Zweck erreicht, und sich dieses Beweisverfahrens entledigt, wodurch denn überhaupt in einer unendlichen Menge von Rechtssachen der größte Theil seiner bisherigen Geschäfte ihm abgebürdet war. —

Diese Entwicklung enthält nun gerade genau jenen Sponsionenproceß der Interdicte, wie Gaius ihn beschreibt, und es wird also wohl zugegeben werden müssen, daß in einer höchst natürlichen Art diese neue Gestaltung aus den bisherigen reinen extraordinariae cognitiones abgeleitet werden kann. In den ältesten Zeiten, als nur jene dem Civilrecht bereits angehörigen Fälle in Betracht kamen (§. 52. am Ende), konnte der Prätor sie leicht durch eigene Untersuchung erledigen. Aber mit dem steigenden Römischen Verkehr wurden einestheils schon in diesen Fällen die Streitigkeiten häufiger, anderntheils erheischte dieser complicirtere Verkehr die Aufstellung neuer feinerer Rechtsverhältnisse. Darunter gehörten namentlich alle Besitzeszustände, und doch brachte es wieder die Natur derselben mit sich, daß die beabsichtigte Schützung derselben eben nur vom Prätorischen imperium ausgehen könne. Wenn hier keine in factum actiones zureichten, wenn nur durch decreta des Prätors geholfen werden konnte, so war es doch dafür wieder dringend nöthig, daß in Beziehung auf den Zuwachs seiner Geschäfte wieder eine Verringerung der Thätigkeit, die der Erlassung jener decreta vorausging, eintrete. Es konnte dem Prätor nie in den Sinn kommen, die juristische Natur der fraglichen Rechtsverhältnisse gewaltsam umgestalten zu wollen, also die Abhängigkeit von seinem imperium, wodurch sie sich gerade charakterisiren, aus der Hand zu geben. — Dasjenige dagegen, was eine Privatperson, ein judex, ebensogut vornehmen kann, als der Prätor, mußte nun auch nothwendig diesem abgenommen werden, damit nicht etwa das Wichtigere, d. i. die einsichtsvolle übersichtliche Leitung der gesammten Jurisdiction darüber verloren gehe.

Also es ist nicht Zufall, oder leere Formalität, daß der Prätor sich bei den Interdictensachen die Sprechung des Urtheils, das decretum oder Interdictum, reservirte, es ist völlig bewußte Einsicht in die Natur dieser Verhältnisse, welche

magistratisches imperium allein entscheiden, wobei ein judex, wie das Gaius so klar hervorhebt, nur soweit eintreten kann, als er zu bestimmen hat, ob gegen diesen Befehl gehandelt worden sei oder nicht [9]).

Daraus erklärt es sich gerade, was wir oben anführten, daß wo dem Prätor in diesem subsidiären Hinzutreten des judex noch nicht genug Kraft zu liegen scheint, er selbst wieder eingreifen, und die Zügel des ganzen Processes extra ordinem übernehmen kann, um mit seiner Gewalt den factischen Zustand, den er durchgesetzt wissen will, zu erzwingen. Alle Interdicte gehen wahrhaft auf Durchsetzung factischer Zustände, aber im gewöhnlichen Laufe der Dinge ist hierfür durch Androhung von Geldstrafen genügende Sicherheit gewährt, und es würde thöricht sein, die Mittel über den Zweck hinaus zu verschwenden [10]). Aber wo etwa Böswilligkeit trotz pecuniärer

---

9) Eine vollkommene Analogie findet das Gesagte in dem Verfahren bei den in int. restitutiones. Auch diese hängen direct vom imperium des magistratus ab, weßhalb denn der Satz stets bestehen blieb, daß er sie (abgesehen von der propter cap. dim) wenn er wollte, durch extraord. cogn. allein zu Ende bringen könne. Aber daneben stellte sich ein anderes Verfahren, wobei man die zwei bei jeder Restitution zu trennenden Punkte auch äußerlich schied. Die Beurtheilung der causa restitutionis behielt sich stets der Prätor, nach Anhörung der beiderseitigen Behauptungen, vor, ebenso wie auch die causa interdicti stets seiner cognitio überlassen blieb. — Nach dieser Untersuchung fällte er dann, ebenso wie bei den Interdicten nur ein hypothetisches Urtheil (judicium rescindens), um, soweit es überhaupt möglich war (d. h. soweit sich hier eine Klage construiren ließ) die zweite bei jeder Restitution nöthige Frage, das Beweisverfahren über die Läsion vor einem judex verhandeln zu lassen (judicium rescissorium) s. Burchhardi Lehre von der in int. rest. §. 24. — Ich könnte außerdem noch eine vortreffliche Autorität citiren, die mich auf diese offenbare Aehnlichkeit mit dem Interdictenverfahren aufmerksam gemacht hat.

10) Das ist der Sinn von fr. 1. §. 2. si vent. nomine. Necessario Praetor adjecit, ut qui per dolum venit in possessionem cogatur decedere. Coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit. Jus ordinarium ist Alles, wobei ein judex eintritt. Aber

Nachtheile sich dem Willen des Prätors widersetzen wollte, da zeigt sich denn auch, daß er die stärkeren ihm zu Gebot stehenden Mittel nicht ungebraucht läßt.

Hieran knüpft sich von selbst die Frage über die Executionsregeln, welche bei den Interdicten eintreten. — Als die Sachen noch rein extra ordinem verhandelt wurden, mag schon in den meisten Fällen für den Contraventionsfall nur das pönale judicium eingetreten sein, weil man einestheils meist mit Recht voraussetzen konnte, daß der Beklagte aus Furcht vor dieser poena sich die Contravention werde gar nicht zu Schulden kommen lassen; und anderntheils der Gegner mit der ihm zukommenden Strafe vielfach zufrieden sein mogte.

Das veranlaßte es eben, daß man in diesen Contraventionsproceß das Beweisverfahren aus der bisherigen extr. cogn. hineinzog, d. h. daß sich überhaupt das eigenthümliche Interdictenverfahren bildete. Der judex condemnirte nun, nachdem er gefunden, daß der Bekl. nicht wie er gesollt, gehorcht habe, jedenfalls auf die stipulirte poena, und außerdem wenn es sich de re restituenda vel exhibenda handelte, auch auf dieses[11]), was dann, wenn der Bekl. wieder nicht gehorchte, in eine Geldcondemnation umgewandelt wurde. Durch das juramentum in litem war hiebei der Bekl. noch besonders schlecht gestellt, und deßhalb mögen wohl verhältnißmäßig wenig Fälle vorgekommen sein, wo man nicht den wahren Zweck des Interdicts, Herstellung eines gewissen factischen Zustandes, erreicht hätte. Wo man vermuthen konnte, daß der Bekl. trotz der ihm drohenden Nachtheile nicht gehorchen werde, und wo dem Kläger eine Geldcondemnation nicht genügte, konnte wohl in allen Interdictensachen der Prätor den Proceß extra ordinem an sich nehmen, und dann direct das Befohlene erzwin-

---

es liegt doch auch in dieser Stelle, daß der Prätor berechtigt ist, bisweilen mit seiner potestas einzugreifen.

11) Gai. IV. 165. — deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille huic invicem restipulationis: sed actor sponsionis formulae subjicit et aliud judicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur vel restituatur . . . .

gen. Es berechtigt uns zu dieser Annahme theils schon die nachgewiesene Gleichheit des Gebietes zwischen Interdicten und extr. cogn., theils aber scheint dieselbe nothwendig, um nun etwas Anderes zu rechtfertigen, was wir entschieden in unseren Quellen finden.

Es wird nämlich bekanntermaßen von Ulpian in fr. 68. de rei vind. die allgemeine Theorie vorgetragen, daß in allen Fällen, wo qui restituere jussus judici non paret, siquidem habeat rem, manu militari officio judicis (Praetoris?) ab eo possessio transfertur. Von den vielen hierüber geäußerten Ansichten scheint mir die Hollweg'sche[12]) die wahre, der mit Recht sagt, bei der etwaigen Verfälschung dieser Stelle müßte der Geist der classischen Zeit in ganz ungewöhnlicher Weise über die Compilatoren gekommen sein, und gerade weil diese Voraussetzung viel zu gewagt wäre, so muß man diese Stelle für eine ächte Aeußerung Ulpians halten. Dabei ist aber streng festzuhalten, daß directe Execution jedenfalls in der älteren Zeit bei den actiones nicht vorkam, daß sie zuerst bei den Interdicten aufgekommen und dann nicht lange vor Ulpian auf jene übertragen sein mag[13]).

Dies paßt vollkommen mit unserer Auffassung zusammen. Wenn Interdicte und extr. cogn. ein und dasselbe Rechtsgebiet umfassen, wenn jene immer schon bisweilen in diese verwandelt werden konnten, was ist natürlicher, als daß bei den Interdicten allgemein recipirt wurde, was in denselben Sachen früher bereits Statt gefunden hatte, als sie noch extraordinariae cognitiones waren. Ja es wäre vielleicht die Annahme zu rechtfertigen, daß bei den Interdicten, wenn der Bekl. besaß, von jeher die directe Prätorische Execution bestand, wo-

12) Handbuch des Civ. Proc. I. S. 329 ff.

13) Später wurde die Execution manu militari, abgesehen von einzelnen Ausnahmen (l. 2. C. de his, qui latrones 9. 39.) wieder aufgehoben und streng verboten (l. 5. C. de jurisd. 3. 13. l. 1. C. de off. mil. jud. 1. 46) und da die Compilatoren dies billigen, so kann doch nicht gerade von ihnen das Umgekehrte dem Ulpian in den Mund gelegt werden.

bei es sich doch noch völlig erklären läßt, daß anstatt derselben auch bisweilen wahre extr. cogn. eintraten.

Daß aber dies bei den Interdicten geltende Recht erst von da auf die actiones übertragen ist, deutet auch Ulpian an, indem er in unserer Stelle gewiß nicht zufällig die Interdicta voranstellt.

> Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive **interdicta**, sive actiones in rem sive in personam sunt . . . . locum habet.

§. 55. Bisher ist nur von dem Verfahren die Rede gewesen, welches bei allen Interdicten vorkam. Daneben bestand für die eine Klasse derselben, nämlich wo der Prätor aliquid **fieri jubet**, das besondere Verfahren, per formulam arbitrariam, welches die Zeichen seiner **späteren** Entstehung an der Stirn trägt. Auch kann es unmöglich das frühere einzige gewesen sein, da es sich nicht auf alle Interdicte, nämlich auf die prohibitoria gar nicht bezieht, und zu diesen gerade die gehören, die wir den ältesten Zeiten vindiciren müssen.

Das Verfahren per formulam arbitrariam ist das von dem ursprünglichen Proceß in den Interdictensachen, nämlich den extraordinariae cognitiones, am Weitesten entfernte, den actiones sehr nahe stehende. Und daß man endlich dahin gelangen mußte, ergiebt sich aus unseren obigen Principien so ziemlich von selbst. Das **exhibere** ist an und für sich nicht eine Handlung, die nur vom Prätor befohlen werden konnte, eben deßhalb zieht er es auch nur aus ganz besonderen Gründen in den Kreis der Interdicta (§. 53. Note 7). Dasselbe gilt auch vom **restituere**, welches bei einer Menge von **actiones**, seien sie in rem oder in personam, vorkommen kann, und also mit dem Prätorischen imperium gar nicht zusammenhängt. An und für sich kann daher ein Recht auf restituere noch nicht Gegenstand eines Interdictes sein, wenn es nicht aus einem Verhältniß entsprungen ist, dessen Schutz direct von der Macht des Prätors abhängt. So kann aus dem interimistischen Verhältniß der op. novi nunc. ein Anspruch auf restituere hervorgehen, was denn mit einem Interdicte durchgesetzt wird. So ist namentlich der **Besitz** Ge-

genstand des Prätorischen Schutzes, d. h. da wo es passend ist, daß die Sache sich befinde, soll sie nun auch ferner gegen Störungen geschützt sein. Aber da häufig Fälle vorkommen, daß die Sache sich in Händen befindet, deren Besitz zu schützen nicht passend sein würde, so muß der Prätor oft die erste Herausgabe oder die Zurückgabe des Besitzes befehlen [1]). Nicht deßhalb ist dies der Gegenstand von Interdicten, weil es hier auf ein restituere ankommt, sondern weil es sich um possessio handelt.

Dabei mußte es aber doch den Römern immer klarer werden, daß bei allen diesen Rechtsmitteln auf ein restituere und exhibere der factische Zustand, dessen Dauer nothwendig der Prätorischen Schützung bedarf, eben nur mittelbar in Betracht kommt, daß hingegen dasjenige, warum es sich hier eigentlich handelt, sich von dem bei den actiones vielfach Vorkommenden gar nicht unterscheidet, weßhalb denn auch kein Grund vorhanden war, dabei nicht das gewöhnliche Actionenverfahren eintreten zu lassen. Nur wo es sich um ein prohibere handelt, also um Verhütung von Gewaltthätigkeiten gegen ein gewisses factisches Verhältniß, mußte das bisherige pönale Interdictenverfahren beibehalten werden. Bei den übrigen Sachen, quibus Praetor aliquid fieri jubet, stand einer Annäherung, ja man kann fast sagen einer Ausgleichung mit dem Actionenproceß nichts im Wege.

Dies ist es gerade, was wir in der formula arbitraria finden. Bei dem Sponsionenproceß ist das decretum des Prätors von wahrer innerlicher Bedeutung. Es ist der Grund, daß, wer demselben nicht gehorcht, und doch schuldig ist zu gehorchen, Strafe leiden muß. Es konnte, seitdem man das Beweisverfahren in den Contraventionsproceß gezogen hatte, der Bekl. sich doch nicht damit entschuldigen, seine Verpflichtung sei bei Erlassung des decretum vom Kläger noch nicht bewie-

1) Nicht unrichtig sagt ein wohl wenig bekannter Schriftsteller, Joh. Xavarbus, de interdictis et actionibus (Frankf. 1600): „in restitutoriis et exhibitoriis Interdictis Praetor tacite censetur prohibere, ne vis fiat ei, cui res exhibita est, aut restituta, ut patet ex l. 1. D. ne vis fiat ei qui in poss.“

sen gewesen. Er soll, wo er sich innerlich verpflichtet fühlen muß, sich nicht auf formelle Gründe berufen, und nur wo er in Wahrheit unschuldig ist, braucht er sich an den Befehl des Prätors nicht zu kehren, indem ja dann bei dem judex seine Unschuld schon an den Tag kommen wird, und er nun sogar des Klägers Bestrafung veranlassen kann. Nur gegen den Schuldigen ist das Decret des Prätors gerichtet, für den Unschuldigen ist genug gesorgt, daß er nicht in Strafe falle. Der Schuldige aber hat seine Strafe bereits verwirkt, wenn seine Schuld an den Tag kommt, weil er sich gegen den Befehl des Prätors aufgelehnt hat, dem er sogleich gehorchen, nach dem er nicht erst noch auf das formelle Beweisverfahren beim judex sich triegen sollte.

Man konnte nicht der Ansicht sein, dieses eigentliche Interdictenverfahren, das eben den Charakter der darin verhandelten Rechtssachen anzeigt, in irgend einer Weise aufzuheben, aber man wollte doch, wo es auf exhibere und restituere ankam, dem Beklagten die Möglichkeit gewähren, den Proceß in ähnlicher Weise, wie bei den actiones, also ohne Gefahr einer Strafe fortzuführen, schon deßhalb, weil hier sehr viel ehr der Fall denkbar ist, daß der Bekl. ohne das innere Bewußtsein der Schuld doch nachher vom Kläger im Beweisverfahren besiegt werden konnte. Deßhalb knüpfte man die Einleitung des Verfahrens per formulam arbitrariam an die Bitte dessen der es wünschte, was meistens der Bekl. gewesen sein wird [2]), und nun folgte ganz nach den gewöhnlichen Regeln des ordo judiciorum die Verhandlung der Sache [3]). Der

---

2) Observare debet is, qui volet arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex jure exeat, id est antequam a Praetore discedat; sero enim petentibus non indulgebitur. Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur, nam actor provocat adversarium sponsione. etc. — Gaius (IV. 164. 165) stellt hier offenbar das Eintreten des arbiter als ein Schutzmittel gegen die Provocation des Klägers dar, also als ein Schutzmittel für den Beklagten.

3) Gai. IV. 163. — namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria; nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id

judex erließ noch einmal ein arbitrium de restituenda vel exhibenda re, und erst diesem (also erst nach Beendigung des Beweisverfahrens) brauchte der Bekl. zu gehorchen, ohne in eine Strafe zu verfallen. Darin liegt, daß nun der erste Befehl, das decretum des Prätors, hier gar keine materielle Bedeutung mehr hat, indem jeder Beklagte sich gehütet haben wird, vor dem Resultate des Beweisverfahrens zu gehorchen, da ihm ohne Schaden so lange zu warten erlaubt war. Also ein materieller Unterschied zwischen diesem und dem Actionen-Verfahren besteht nicht mehr. Nur die Schranke ist zwischen beiden bestehen geblieben, daß es auf die Achtsamkeit des Bekl. ankommt, sich die formula arbitraria eigends erbitten zu müssen, wo er nicht in die Gefahr des pönalen Verfahrens gerathen will. Im Uebrigen ist es nur ein formeller Unterschied, daß der Prätor nach Vortragung der gegenseitigen Behauptungen hier erst noch ein hypothetisches Urtheil fällt, und dann die formula abfaßt, während bei den actiones nur von diesem Letzteren die Rede war.

Danach darf die Frage aufgeworfen werden, weßhalb nicht der Prätor nun den letzten Schritt that, und jene Formalität der Fällung eines hypothetischen Urtheils ganz über Bord warf? Man könnte dies vielleicht nur dadurch zu erklären versucht sein, daß die Römer am Althergebrachten hingen, und und deßhalb auch unnütze Formalitäten gerne bewahrten. Indessen das Princip, welches wir in den Interdicten gefunden haben, gewährt uns noch weit bessere Gründe. Einestheils konnte ja, was eben bemerkt ist, die Nachlässigkeit des Bekl. es dahin bringen, daß es doch zum Sponsionenproceß kam, und da der arbiter immer nach Sprechung des decretum erbeten wurde, so konnte diese also um jener Möglichkeit willen, nie unterbleiben. Und das Sponsionenverfahren hier ganz abzuschaffen, konnte der Prätor nie Lust haben, weil, wenn es sich auch nur um ein exhibere und restituere handelte, doch der mittelbare Zusammenhang mit den Fragen feststeht, welche

---

sine poena exhibet vel restituit, et ita absolvitur; quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur.

direct von der Prätorischen Jurisdiction abhängen. Ein Zusammenhang, den zu zerschneiden der Prätor nie wollen konnte, um diese Interdicte nicht ganz vom Gebiete der extr. cogn. zu entfernen, wonach es ihm allein möglich war, bisweilen den vorliegenden Fall ganz extra ordinem zu entscheiden, und überhaupt die Executionsregeln seiner extraordinariae cognitiones auch bei allen Interdicten aufrecht zu erhalten, so daß sie später sogar auf die actiones übertragen werden konnten. — Das Endresultat ist also, daß auch bei den exhibitor. und restitutorischen Interdicten immer noch ihr ursprünglicher materieller Grundcharakter zu erkennen ist, daß aber, namentlich bei manchen derselben, im praktischen Leben nie oder fast nie die formelle Gestalt derselben eine andere war, als der Proceß per formulam arbitrariam, daß sie also in ihrer äußeren Erscheinung mit den actiones fast zusammenfielen. Kann es uns deßhalb Wunder nehmen, daß der Prätor selbst, wenn er etwa ein schon länger bestehendes Interdict unbestimmt erweitern wollte, eben dieses Interdict unverändert bestehen ließ (denn die Erweiterung hätte wieder eine genau bestimmte sein müssen), und daß er, was nicht darunter gehörte, nun nach jedesmaliger Untersuchung mit einer in factum actio zu schützen versprach? 4)

Daher erklärt sich fr. 1. §. 1. de Salv. int., wo eine utilis actio, die sich an das Interdict anschließt, erwähnt wird, was indeß nach der weiteren Bedeutung auch so genommen werden könnte, wie utile interdictum (fr. 1. pr. eod.); da actio im allgemeinen Sinn jedes Rechtsmittel, also auch die Interdicte bezeichnet (s. §. 20. Note 2). Ein anderes sichereres Beispiel finden wir bei dem Fraudatorium Interdictum, welches fr. 67. §. 1 u. 2. ad Sc. Trebell. und fr. 96. pr. de solutionibus erwähnt wird, und dessen Bedeutung und Verhältniß zur Pauliana actio bisher für völ-

4) Von der anderen Seite sehen wir Fälle, die nicht unter die Voraussetzungen eines bestimmten Interdicts paßten, und für die auch keine in fact. act. proponirt werden konnte, wieder in das reine Gebiet der extr. cogn. zurückfallen. Fr. 3. §. 3. de lib. exhib.

lig räthselhaft gehalten worden ist. Man hat bereits vermuthet, daß die Edictsworte der Paul. act. uns in fr. 1. pr. quae in fraud. cred. aufbewahrt worden seien, wogegen die in fr. 10. pr. eod. mitgetheilte Edictsstelle eben jenes Interdict beträfe. Ich kann auf die Gründe, die mir dies entschieden zu beweisen scheinen, hier, soweit sie nicht im Folgenden liegen, nicht weiter eingehen, sondern nehme es als feststehend an, was auch gegründeten Widerspruch nicht wohl erfahren wird. Die Edictsworte der Pauliana lauten also folgendermaßen:

> Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit servabo.

Das Interdict dagegen wird so bestimmt:

> Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit, ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actionem ex edicto meo competere esseve oportet, et si non plus quam annus est, quum de ea re qua de agitur, experiundi potestas est, restituas.

Die directe Anrede und der ausdrückliche Restitutionsbefehl zeigen klar genug die Interdictennatur an [5]); darauf folgt nun aber noch der Zusatz:

> Interdum causa cognita, etsi scientia non sit in factum actionem permittam.

Also es ist eine in factum actio, welche zur weiteren Ausdehnung des Interdictes dient, da man, weil Interdicta eigentlich nur gegen den seiner Schuld Bewußten gerichtet werden, dasselbe si scientia non sit, nicht wohl anwenden konnte. Im Uebrigen aber hat doch diese in fact. act. alle Voraussetzungen des Interdictes, und so kommt es, daß Ulpian in der weiteren Erörterung des fr. 10. beide als ein

---

5) Die Stelle ist aus Ulpians 73. Buch ad edictum, worin er noch die Interdicte abhandelt. Fr. 1. de migrando.

Rechtsmittel auffaßt, und dieß, weil die in fact. act. die Erweiterungen enthält, überhaupt kurz eine in fact. act. nennt. — Dennoch können wir hier immer noch die materielle Grundlage erkennen, um derentwillen man, abgesondert von der Pauliana actio, ein Interdict constituirt hat. Die erstere steht dem curator bonorum, oder wer an seiner Stelle ist, d. h. dem Repräsentanten sämmtlicher Gläubiger zu, wodurch gerade die Gesammtheit der Gläubiger gegen Geschäfte des Cridars mit dritten Personen gesichert sein soll. Diese dritten Personen sind also entweder Schuldner des fraudator, oder solche, denen er nach Eröffnung des Concurses durch irgend ein Geschäft, unrechtmäßigen Vortheil zuwenden will [6]). Die Gläubiger, welche in bona immittirt sind, werden hier als eine Einheit betrachtet, welche, da sie durch den Verkauf der Güter bezahlt werden will, es auch nicht zu leiden braucht, daß von dem activen Vermögen also auch von den Forderungen des Cridars irgend etwas hinwegkomme, oder daß noch aus späteren Contracten ein Gläubiger zu ihnen hinzutrete, und so ihre rata, auf die sie hofft, vermindert werde. Ebendeßhalb wird die Gläubigerschaft gegen alle solche Beeinträchtigungen durch den curator. bonor. repräsentirt, und alle Voraussetzungen einer wahren actio sind hier vorhanden.

Offenbar aber sind durch diese juristische Gestalt der Paul. act. diejenigen Fälle ausgeschlossen, wo die einzelnen Gläubiger, die zusammen in bona immittirt wurden, und nach Außen hin eine Einheit bilden, wieder unter sich betrügerisch mit

6) Fr. 1. §. 1. h. t. — quo edicto consuluit creditoribus, revocando ea, quaecunque in fraudem eorum alienata sunt. Fr. 6. §. 9. Praeterea illud sciendum est, eum, qui consentientibus creditoribus aliquid a fraudatore vel emit, vel stipulatus est, vel quid aliud contraxit, non videri in fraudem creditorum fecisse. Fr. 1. §. 2. Sive ergo rem alienavit, sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit. — Fr. 3. §. 1. Gesta fraudationis causa accipere debemus, non solum quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam, si forte data opera ad judicium non adsit, vel litem mori patiatur, vel a debitore non petat, ut tempore liberetur, aut usumfructum vel servitutem amittat.

diesen bona verfahren, und weil sie nicht alle vollständig befriedigt werden können, sich der Eine vor dem Anderen bezahlt zu machen suchen. Gegen sie kann der Curator nicht auftreten, weil dieser nur Repräsentant aller Gläubiger, also auch der betrügerisch Handelnden ist. Und an und für sich ist ja der Gläubiger, der sich ganz bezahlt zu machen sucht, in seinem Rechte, da ihm die Forderung wirklich zusteht. — Indessen greift hier ein anderer Gesichtspunct ein; der Prätor, indem er missio in bona den Gläubigern ertheilt, gewährt ihnen dadurch das Mittel, wenigstens theilweise zu ihrem Gelde zu kommen. Aber dafür verlangt er auch von ihnen, daß sie sich ihres Rechtes einstweilen begeben, ihre ganze Forderung bezahlt zu erhalten. Sie Alle sollen jetzt auf gleicher Stufe stehen, und so ist es, was von selbst aus der Ertheilung der missio folgt, Pflicht des Prätors, den factischen, daraus hervorgegangenen Zustand in Beziehung auf die bona zu schützen, damit der eine creditor nicht mehr als der andere erhalte. Das kann also nur Gegenstand eines Interdictes sein, und daß wirklich darauf jenes fraudatorium interdictum ausgeht, scheint mir leicht bewiesen werden zu können. Jene Edictsworte scheiden ausdrücklich in Beziehung auf die bona, quibus de agitur, den tu und die illi, welche hier nicht durch den curator bon. repräsentirt werden, sondern da sie Alle gleiches Recht auf die bona haben, als Einzelne gegen Einzelne zu schützen sind. Und so geht es denn auch aus der weiteren Erörterung Ulpians in fr. 10. deutlich hervor, daß hier nur creditores den Mitcreditoren gegenüberstehen [7]).

---

7) S. namentlich gleich fr. 10. §. 1. h. t. — ferner §. 6. Praeterea sciendum est, posse quaeri, quod dicitur, in fraudem creditorum alienatum revocari posse, si iidem sint creditores, et si unus creditor sit ex illis, qui fraudati sunt, sive solus tunc fuit, sive quum ceteris satisfactum est, hic solus remansit, probandum esse, adhuc actioni fore locum. §. 13. Si, quum mulier fraudandorum creditorum consilium inisset, marito suo eidemque debitori in fraudem creditorum acceptum debitum fecerit dotis constituendae causa etc. §. 22. Praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fue-

§. 56. Die Entwicklung des Interdictenprocesses ist hiermit in möglichster Kürze gegeben worden. Das Resultat, das wir darin gewonnen, ist allerdings für das Folgende von großer Wichtigkeit. Wir haben gefunden, daß die Frage nach der Form des Verfahrens im inneren Zusammenhang mit der materiellen Bedeutung der darin verhandelten Rechtssachen steht, daß wir, sobald ein Fall unter den Schutz eines Interdictes gestellt ist, daraus einen Rückschluß machen dürfen auf die Natur dieses Falles. Wir sind berechtigt zu präsumiren, daß darin ein Rechtsverhältniß vorliegt, welches seine Entscheidung nur vom Prätor erhalten kann, und das auch überhaupt Nichts in sich faßt, was gewöhnlicher Gegenstand der actiones ist. Wo es sich also um Rechtsverhältnisse an Sachen handelt, haben wir zu präsumiren, daß bei den Interdicten nur von possessio die Rede sei, weil nur diese vom Prätorischen imperium abhängt, während das definitive Recht an Sachen (also die proprietatis quaestio) in den Actionenproceß gehört. Allerdings kann auch hiervon der Prätor, wenn er es passend hält, abgehen.

Es können Fälle vorkommen, wo der Prätor gewisse Befugnisse an Sachen schützen will, die so exorbitanter Natur sind (z. B. die Wiederherstellung eines Weges), daß als Berechtigung dazu ihm nicht mehr die Nachweisung der possessio genügt, sondern er den Beweis des Rechts selbst, aus dem

---

rint sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset, s. noch besonders fr. 24. h. t. — Dies Interdict, welches sich anfänglich und eigentlich nur auf den wahren Concurs bezieht, ist dann auch weiter auf alle Handlungen bezogen worden, wodurch ein Creditor malo consilio einen Mitgläubiger zur eigenen Befriedigung um dessen Forderung bringt; wie dies namentlich aus fr. 96. pr. de solut. und fr. 6. §. 2. de reb. auct. jud. hervorgeht. — Im Uebrigen sind die Voraussetzungen des Interdicts ganz wie bei der Paulliana actio, was der Prätor ausdrücklich schon im Edicte angiebt (si eo nomine actionem ex edicto meo competere esseve oportet). So haben wir denn hier entschieden einen Fall, wo die actio das Frühere ist, und das Interdict erst später eingeführt sein kann. Die umgekehrte Ordnung ließe sich hier auch gar nicht wohl denken (s. §. 52. Note 7.)

jene Befugniß fließen soll (also in jenem Fall den der Wegegerechtigkeit) fordert [1]). Hier zieht er die proprietatis quaestio als Vorbedingung des eigentlichen petitum mit in den Proceß, und wenn auch außerdem es möglich ist, daß gar nicht in solcher mittelbaren Weise, sondern direct und allein die proprietatis quaestio beim Interdict in Betracht kommt [2]), so sind doch das Alles nur ganz singuläre Fälle, die sich freilich selbst sehr gut erklären lassen, die aber nicht zu einer ausdehnenden Argumentirung auf andere Fälle passen. Daß die Römer selbst sie als reine Singularitäten ansehen, geht klar daraus hervor, daß der Prätor speciell im Edicte auf diesen ihren Charakter aufmerksam macht [3]). Aber darin liegt denn auch, daß, wo wir bei anderen Interdicten dies nicht finden, wir nicht daran denken können, das von ihnen umfaßte Rechts-

---

1) Ulpian nimmt es (fr. 3. §. 13 de itin. actuque) als etwas sich von selbst Verstehendes an, daß die Forderung auf Refection nur aus dem jus servitutis hervorgehe. Hoc interdicto is demum uti potest, qui hoc anno usus est, et jus sibi esse reficiendi docet. Jus autem esse videtur reficiendi ei, cui servitus debetur. — Es kann gefragt werden, weßhalb hier wegen der Refection überhaupt ein Interdict bestehe, da ja die petitorische vindicatio servitutis ausreiche. Auch darüber giebt uns Ulpian Aufschluß. Das Int. de it. actuq. priv. reficiendo geht nicht bloß auf Refection, sondern ist zugleich Besitzesklage, es geht darauf, daß man gerade nach der Refection, commode uti possit itinere vel actu. (fr. 3. §. 12. eod.) Eben deßhalb ist ein doppelter Beweis nöthig. Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum, et ei servitutem competere, ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum. — Also dies Interdict ist stets zugleich das gewöhnliche Interdict de itinere actuque privato.

2) Hieher gehört ein anderes Interdict, welches proprietatis quaestionem enthält, de aqua ex castello. (fr. 1. §. 38 u. ff. de aqua quot. et aest.) dessen Natur sich leicht erklärt. Es ist ein lediglich vom princeps zu ertheilendes Recht an einer aqua publica. Hier kann also auch kein judex entscheiden, es muß eben so wie bei öffentlichen Flüssen u. dergl. ganz und gar dem Prätor anheimfallen. Auch dies ist ein Interdict, was erst in der Kaiserzeit aufgekommen sein kann.

3) Fr. 3. §. 11. de itinere actuq. priv. — „ut tibi jus est.“ Fr. 1. §. 38. de aqua quot. — „cui ejus rei jus fuit.“

verhältniß an Sachen erstrecke sich weiter, als auf die possessionis quaestio.

Damit sind wir gerade zu dem entgegengesetzten Resultate gelangt, als worauf wir jene andere Ansicht über die Interdicte kommen sahen, derzufolge dieselben die früheren Rechtsmittel wären, welche sich von den später aufgekommenen petitorischen Klagen nur durch besondere Vortheile des Verfahrens unterschieden hätten. Nach unserer Auffassung kann allerdings der Sponsionenproceß noch als eine besondere außerordentliche [4]) Verfahrensart angesehen werden, da er der extraordinaria cognitio sehr nahe stand, dagegen bei der formula arbitraria ist gar kein materieller Unterschied mehr vorhanden [5]). Und doch ist sie es gerade, welche der Beklagte sich in allen den Fällen, an die man hier meistens denkt, erbitten konnte, nämlich beim Interdictum quor. bon., Salvianum und frau-

---

4) Man wird dies für keinen Widerspruch mit der §. 54. Note 9. angeführten Stelle halten.

5) Daß man den Sponsionenproceß nach Art unseres Mandatsprocesses auffasse, ist deßhalb nicht möglich, weil dessen Eigenthümlichkeit, Erlassung eines Urtheils auf einseitigen Antrag bei den Interdicten nicht vorkommt. — Ob man aber überhaupt die Interdicte als summarische Rechtsmittel ansehen dürfe, diese Frage würde nur dann fruchtbringend sein, wenn wir es als das Princip des Interdictenprocesses aufstellen dürften, er sei um der rascheren Beendigung der Sachen willen eingeführt. Dies aber scheint durch die gegebene Entwicklung genügend widerlegt, und wenn man daher auch im Sponsionenproceß bisweilen schneller zu Ende kam, und das Beweisverfahren sparte (wenn nämlich der Bekl. gleich gehorchte), so ist doch darauf kein solches Gewicht zu legen, weil gar nicht um dieser Ersparung willen, sondern aus einem ganz anderen Principe diese Gestalt des Interdictenprocesses zu erklären ist. Der Römische Proceß war überhaupt ein so rascher, daß man gar nicht daran denken konnte, eigene Proceßarten, um noch rascher zu verfahren, einzuführen. Gerade weil die Gestaltung des Interdictenverfahrens ganz unabhängig von diesem Gedanken ist, so erklärt sich, daß der Sponsionenproceß, wie oben bemerkt wurde, oft eine Verweitläuftigung der Sache enthalten konnte. (S. 344 unten.)

datorium, so daß also auch gar kein formeller Unterschied mehr zwischen ihnen und der her. pet., Serviana und Pauliana actio bestände. Wie aber soll denn das fernere Nebeneinanderbestehen beider Rechtsmittel erklärt werden?

Ebensowenig ist jener andere vielfach geäußerte Gedanke haltbar, wonach den Interdicten nur eine Bescheinigung, kein strenges Beweisverfahren zum Grunde gelegen habe, wonach also ein bedeutender Unterschied zwischen ihnen und den etwa dasselbe Verhältniß betreffenden actiones bestehe. Die früheren Gründe, auf die man sich hiefür gestützt hat, sind schon von Anderen zu genügend widerlegt, als daß hier noch weiter darauf eingegangen zu werden brauchte. In neuerer Zeit ist derselbe Gedanke wieder in anderer Weise vorgetragen [6]), da indeß dies mit specieller Beziehung auf das Int. quor. bon. versucht worden, so kann dessen Widerlegung erst später erfolgen.

d) Verhältniß der adipiscendae possessionis interdicta zum petitorium.

§. 57. Daß die retinendae und recuperandae possessionis Interdicta sich lediglich auf die possessio beziehen, ist keinem Zweifel unterworfen. Es ist oben sogar als das Princip der ganzen Lehre von der possessio entwickelt worden, daß man hier ein Rechtsverhältniß, durchaus getrennt von der proprietatis quaestio, constituiren wollte, dessen Erforderniß deßhalb außer dem corpus nothwendig der animus domini sein mußte (s. §. 35.). Es ist nun jedenfalls zuzugestehen, daß zu den Klagen, die zum Schutze dieses Rechtsverhältnisses der possessio dienen, nur jene recuperandae und retinendae poss. int. gehören, denn was zum Schutze von Etwas gereichen soll, setzt das jetzige oder frühere Bestehen desselben voraus, und gerade darauf stützen sich die genannten Interdicte. Es ist daher auch Nichts im Geringsten dagegen einzuwenden, wenn man dieselben mit dem Namen der possessorischen im engern Sinne bezeichnen will, sobald man nur bevorwor-

---

6) Mayer Erbrecht I. S. 404 ff.

tet, daß man damit die Klagen zum Schutze des Besitzes meine [1]).

Aber ist daraus nun zu folgern, daß die Interdicta adipiscendae possessionis deßhalb gar nicht in die Lehre von der possessio gehören? Freilich wird niemand daran denken, sie, die in so verschiedenartige andere Lehren eingreifen, äußerlich im Systeme bei der Lehre vom Besitz zusammenzustellen, aber eine andere Frage ist, ob nicht auch diese Interdicte mit jenen anderen in einem inneren Zusammenhange stehen, welcher darin liegt, daß in allen diesen Processen es sich lediglich de possessione handelt?

Bekanntlich hat Savigny die entschiedene Ansicht ausgesprochen, daß die adipiscendae possesionis mit den possessorischen im engern Sinne nichts gemein hätten, ja noch mehr, sie hätten selbst unter sich nichts gemein, wie sich leicht durch eine Aufzählung derselben zeigen lasse, und schon daraus erhelle, daß sie an so verschiedenen Stellen der Quellen abgehandelt worden [2]). Viele andere Schriftsteller sind ihm darin gefolgt; und so haben wir denn eine genaue Prüfung der Gründe vorzunehmen, auf welche sich diese, wie mir scheint, nicht richtige Ansicht stützt.

Savigny beginnt mit folgender Argumentation. Ebenso wie die rei vindicatio die Klage sei, welche sich auf das Eigenthum des Klägers, die actio emti, die, welche sich auf die emtio stütze, so müßten possessorische Klagen sein, welche sich auf den Besitz des Klägers gründeten. Bei den recuper. und retinendae poss. int. sei dies nun allerdings der Fall, nicht aber bei den adipisc., und da diese weder auf die Fiction eines schon beim Kläger vorhandenen Besitzes, noch einer Fortsetzung des Besitzes einer anderen Person durch den Kläger gebaut werden könnten, so folge, daß die adipiscendae mit jenem Begriff der possessorischen Klagen auf keine Weise in Verbindung ständen.

1) Das geschieht denn auch mit völliger Bestimmtheit von Savigny. Besitz S. 458.

2) Besitz. (6. Aufl.) S. 452 ff.

Indessen folgt dies wirklich aus jener Voraussetzung? Daß die adipiscendae poss. int. allerdings nicht unter die Klagen zum Schutze eines bestehenden oder als bestehend fingirten[3]) Besitzes, also unter die possessorischen Klagen im engeren Sinne gehören, giebt Jedermann zu. Aber es giebt doch auch Klagen auf Uebertragung des Eigenthums, die wir freilich keine Eigenthumsklagen nennen, die aber doch in die Frage vom Eigenthum eingreifen, indem durch sie entstehen soll, was dann ferner durch rei vindicatio geschützt werden kann. Also eine Verbindung zwischen diesen beiden Klagarten (den vindicationes und condictiones) kann doch nicht geläugnet werden, woraus sich erklärt, daß aus besonderen Gründen beide in ein Rechtsmittel zusammenfließen können, das dann also zugleich recuperandi (oder wenn man will, retinendi) und zugleich adipiscendi dominii ist[4]). Ebenso kann man nun auch die adipiscendae poss. int. als reinen Entstehungsgrund des Rechtsverhältnisses auffassen, dessen weiterer Schutz dann den possessorischen Klagen im engern Sinne zufällt. Darin liegt, daß beide Arten der Rechtsmittel freilich nicht auf dieselbe Weise begründet werden, daß aber der Inhalt beider Processe sich lediglich auf dasselbe Rechtsverhältniß, die possessio, bezieht, wodurch denn doch der Begriff des einen mit dem des anderen in eine wahre Verbindung tritt.

Gegen diese Fassung des Satzes kann nun auch der folgende von Savigny aufgestellte Grund nicht eingewandt werden. „Es ließen sich nämlich allerdings die adipiscendae poss. int. mit den recup. und retinendae äußerlich zusammenstellen, als Klagen, welche den Besitz zum Zweck haben. Allein eine solche Bestimmung sei so gut als gar keine, da der Besitz bei den meisten Klagen vorkommen und nicht vorkommen könne, was offenbar ganz zufällig sei. Ebensogut könnten dann also die actio pignoratitia, emti, locati, und unzählige andere Klagen zu den possessorischen Klagen gerechnet werden.“ Allerdings kommt bei einer Reihe von actiones das restituere

3) Fr. 17. pr. de acq. vel am. poss.
4) §. 14. J. de actionib.

der possessio in Betracht, aber nicht direct und allein, sondern als Folge eines anderen Rechtsverhältnisses, dessen Entscheidung der eigentliche Gegenstand des Processes ist. Das Criterium, woraus man dies erkennt, ist, daß nachdem man mit diesen Klagen die Sache erhalten hat, man, sobald sie von Neuem hinwegkommt, sie immer wieder mit wahren actiones verfolgen kann (pignoraticia act., Publiciana, rei vindicatio etc.) Dem lassen sich Processe gegenüberstellen, deren Inhalt nur die possessio ist, wo dieselbe ganz abgesehen von allem durch eine actio geschützten Rechte, Gegenstand der Erlangung ist; welche sich rein aus Rücksichten erklären, die der Prätor über Regulierung des Besitzstandes aufstellt; aus denen für ferneres Behalten der Sache nur die retinendae und recuperandae possessionis interdicta hervorgehen. Solche Rechtsmittel sind doch wahrlich nichts Undenkbares, und wenn nun die Römer jene drei Arten der Interdicta possessionis immer zusammenstellen, so ist daraus von vorn herein zu vermuthen, nicht daß diese Zusammenstellung gar Nichts zu bedeuten habe, (das würden ja doch die Römischen Juristen auch eingesehen haben) sondern daß sie gerade diese Processe als lediglich von der possessio handelnde scharf trennen wollten von denen, wo die possessio nur die mittelbare Folge eines Actionenrechtes ist. —

Ein fernerer von Savigny ausgeführter Grund wird als der entscheidendste hervorgehoben. Er ist auf die bekannte Ansicht gebaut, daß die possessorischen Interdicte im engeren Sinne sich auf Delicte stützen; der Prätor hätte hier also auch eine actio (z. B. eine actio de vi) geben können, da die Anordnung eines Interdictes statt einer actio nicht bloß für uns völlig unbedeutend, sondern auch nach der Ansicht der Römer zufällig war, d. h. die Natur des Klagrechtes selbst nicht afficirt. Wenn wir nun aber solche actiones fänden, so würde Niemand darauf kommen können, sie mit den adip. poss. Int. in eine Klasse zu setzen. — Allein einestheils ist jene allgemeine Charakteristik der possessorischen Interdicte als Delictsklagen vielfach bezweifelt worden, und auch wir können nach der im §. 35. gegebenen freilich nur kurzen Darstellung uns nicht zu derselben bekennen, — anderntheils aber haben wir,

auch wenn wir jenes zugäben, was jedenfalls für einige possessorische Interdicte feststeht, dennoch der daraus gemachten Schlußfolgerung unsere obige Entwicklung der Interdictensachen entgegenzusetzen. Wenn auch die Besitzesstörung den Charakter eines Delicts hat, so kann sie doch nicht, soweit sie eben den Besitzesschutz hervorrufen soll, Grund einer actio werden, sondern da sie ein Verhältniß betrifft, das direct unter der Prätorischen Aufsicht stehen muß, so ist die Ertheilung des Interdicts keineswegs für zufällig zu halten. Und da wir nun in Beziehung auf das adipisci der possessio Interdicte vorfinden, so muß uns das gerade ein Grund sein, auch bei allen diesen Processen nicht eine Zufälligkeit, sondern eine Gemeinsamkeit der darin verhandelten Rechtssachen anzunehmen. — Dieses Resultat wird entschieden durch den Umstand bestätigt, daß wir in dem bekannten neu entdeckten Fragmente Ulpians, Interdicte haben kennen lernen, welche sowohl recuperandae als adipiscendae possessionis sind [5]. Ist es, das läßt sich nun wohl fragen, anders möglich, als daß ein und dasselbe Rechtsgebiet alle interdicta possessionis umfasse, wenn wir so in einem und demselben Rechtsmittel zwei verschieden begründete Ansprüche auf dieselbe possessio combinirt finden? — Savigny ist dadurch in der That veranlaßt worden, seine frühere Ansicht, als hätten auch die Römer die adipisc. poss. int. aus den possessorischen ganz auszuscheiden, aufzugeben (er nennt sie selbst ein gewaltsames Verfahren), indeß behält er, wie mir scheint, doch noch zuviel davon zurück, als daß es mit der neuen Nachricht vereint werden könnte. Er giebt zu, daß bei diesen duplicia interdicta nicht von einer besonders gestalteten (delictartigen) Verletzung der possessio, sondern lediglich von einer unerfüllten Verpflichtung im Processe die Rede sei. Muß man nicht, statt den Römern Schuld zu geben, sie hätten sich nicht in den Gränzen des Begriffs

5) Das Int. quem fundum und quam hereditatem (Rudorff. Zeitschr. f. gesch. R. W. IX. № 2. S. außerdem Hugo in den G. G. A. 1836. S. 89 ff. — Diesen Interdicten steht noch gleich das Int. quem usumfructum. Vat. Fr. §. 92. 93. (s. oben §. 37. Note 11).

der possessorischen Interdicte gehalten [6]), ehr darauf kommen, daß eben dieser Begriff weiter gewesen sei, daß er nicht eine

---

6) Diesen Gedanken Savigny's hat Rudorff a. a. O. S. 11 noch in eigenthümlicher Weise weiter ausgeführt. Er stellt den Satz auf, das Interdict quem fundum entspringe aus einer bloßen Detention, und setze freilich eine possessio als Klaggrund voraus, aber keinen juristischen Besitz, sondern nur eine possessio im allgemeineren Sinn, eine prätorische Mission. Es sei nur zufällig, daß unsere bisherigen Quellen gerade bloß possessorische Interdicte als Beispiele der int. recuper. poss. anführten. — Weitere Beweisgründe werden hiefür nicht angegeben; und es scheint mir durch Folgendes widerlegt zu werden.

Es däucht mir unmöglich, daß die Römer, die so genau in der Terminologie das induci (oder mitti) in possessionem und das restituere der possessio unterscheiden, die auch ausdrücklich einen materiellen Unterschied zwischen beiden hervorheben, (fr. 52. §. 2. de acq. vel am. poss.) daß sie ein Interdict hätten recuperandae et adipiscendae possessionis (also auf restitutio possessionis) nennen können, wenn es auf missio in possessionem gegangen wäre. Sie hätten dann auch das Interdict ne vis fiat ei qui in poss. als ein solches adipiscendae und recuperandae poss. Int. bezeichnen müssen, wovon doch nicht die geringste Spur ist. Und ferner, weßhalb soll man bei der Translation der poss. noch so genau die vielen Fälle, wo missio in poss. ertheilt wurde (Rudorff S. 48 u. ff.) unterschieden haben, wenn jene Interdicte ebenfalls eine Prätorische Mission enthielten. (So ist namentlich noch genau zu unterscheiden zwischen fr. 80. de rei vind. und fr. 20. §. 1. de interr. in jure, was von Rudorff nicht geschieht).

Mir scheinen die Int. quem fundum etc. als vorherrschend adipiscendae poss. aufgefaßt werden zu müssen. Da die translatio gar nicht auf dem Grunde des früheren Besitzes, sondern der verweigerten Caution ruht. Jedenfalls aber wird man, wenn z. B. ein Miether die Sache restituirt, und dann die rei vind. anstellt, das dabei vorkommende Interdict, nicht recuperandae possessionis haben nennen können! Die l. un. C. uti poss. gewährt uns den Schlüssel, wann man sie überhaupt recuperandae genannt hat. Wenn nämlich der mit der rei vind. Auftretende, auf den nun die possessio transferirt wird, vorher in possessorio besiegt war, so konnte man das leicht ein recuperare der possessio nennen, obgleich es streng juristisch immer doch ein adipisci ist, da der frühere Besitz nicht Grund der Uebertragung sein kann. Nannte man doch auch das Int. uti poss. in den Fällen retinendae, wo es streng genommen, durchaus recuperandae ist. (fr. 1. §. 9. uti poss.)

delictartige Verletzung vorausgesetzt habe? Und wenn nun das Resultat gezogen wird, daß die Römischen drei Klassen mit dem wahren Begriff der possessorischen Interdicte in gar keiner Verbindung ständen, daß sie überhaupt wissenschaftlich unbrauchbar seien, muß man da nicht den Gedanken einiger noch übriggebliebener „Gewaltsamkeit“ fassen, da wir doch ehr an der Richtigkeit unserer eigenen Ansichten zweifeln, als die Römischen Juristen der Unwissenschaftlichkeit zu zeihen haben? — Der Schluß, den wir aus dem Gesagten wohl ziehen dürfen, ist, daß die Römische Zusammenstellung der drei Arten von **possessionis interdicta** und das Ineinanderfließen derselben in einzelnen Fällen, uns auch ehr wir die verschiedenen Interdicte speciell ins Auge fassen, zu der Ansicht führen muß, es habe sich in allen diesen Processen lediglich **de possessione** gehandelt.

Indessen tritt hier gleich ein anderer Gegner uns in den Weg. Huschke muß mit seiner Grundansicht über die Interdicte nothwendig zu anderen Resultaten gelangen, als die unsrigen sind. Er sagt (Studien I. S. 385 ff.): „Der Zweck der Interdicte ist, factische Zustände in solchen Fällen, die der Prätor seiner Intervention für würdig hält, zu reguliren; der Zweck der Actionen, Rechte, welche nicht anerkannt werden, durchzusetzen. — Sehr voreilig aber würde es sein, wenn man hieraus schließen wollte, daß die Voraussetzungen der Interdicte durchaus etwas Factisches, und umgekehrt die der Klagen nothwendig ein vorhandenes Recht sein müßten.“ Obgleich er nun anerkennt, daß „wenn die Voraussetzung des Interdicts ein Recht ist, dies nur als eine factische Voraussetzung betrachtet werde,“ so schließt er dennoch, weil die Voraussetzung des Interdicts ein Recht sei, so werde natürlich im Interdict auch über das Recht entschieden, also stehe der später angestellten **in rem actio** die **rei jud. exc.** entgegen. Dies sucht er nun durch das **Int. de itinere reficiendo** zu rechtfertigen, indem überhaupt, wo nicht bloß ein alter factischer Zustand aufrecht erhalten werden, sondern ein neuer eintreten solle, der Prätor in der Regel ein Recht erfordere. So sei es denn namentlich bei den **adip. poss. interdicta**.

Dem ist nun einestheils das oben (§. 56. Note 1) Ge-

sagte entgegenzuhalten, wonach das Int. de itinere reficiendo nur aus einem ganz besonderen Grunde ein Interdict ist, indem, wenn es bloß auf Refection ginge (um derentwillen das jus bewiesen werden muß) es eine reine actio sein würde; weßhalb es denn als Analogie für die Int. adipisc. poss. gar nicht benutzt werden kann. Anderntheils können Huschke gleich jene Interdicte quem fundum und quam hereditatem entgegengehalten werden, die doch wahres adipisci der possessio enthalten können, und denen alle Einmischung des jus fremd ist, weil darüber gerade noch ferner processirt werden soll. Während jenes Interdict de itin. ref. sich entschieden als Singularität nachweisen läßt, und ja überhaupt nicht adipisc. poss. ist, so daß für die Natur dieser Letzteren nichts daraus entnommen werden darf, so mögte umgekehrt der Beweis wohl nicht leicht zu führen sein, daß was bei dem Int. quem fundum und quam hered. gilt, nicht auch für die übrigen adipisc. poss. interd. anzunehmen sei. — Ueberhaupt aber müssen wir nach unserer obigen Erörterung läugnen, daß die Interdicte Schutzmittel für factische Zustände in jenem Huschke'schen Sinne seien, d. h. für Zustände, welche man nicht als Rechte anerkennt. Jene Menge von Interdicten, die schon auf dem Civilrecht ruhen, betreffen wahre Rechte, und dasselbe gilt für die erst vom Prätor neu eingeführten Institute, aber es sind Rechte, über die kein judex entscheiden kann. Dem Prätor kann es nicht einfallen, nun noch hineinzuziehen, was in der That einem judex überlassen werden darf, und also wenn er de possessione entscheiden will, muß von einem Fall die Rede gewesen sein, wo über das materielle Recht entweder gar nicht, oder noch nicht entschieden, wo die Forderung auf die possessio nicht als mittelbare Folge des wahren dinglichen Rechtes aufgefaßt werden kann. Wo Letzteres möglich ist, wäre es eine Thorheit gewesen, noch ein eigenes Int. adipisc. poss. zu geben, da, wie wir gesehen haben, an ein processualisch rascheres Verfahren nicht zu denken ist. Aber weßhalb soll nicht, ebensogut wie die recuperandae und retinendae poss. Interd. proponirt sind, ut separata sit quaestio dominii a possessione, der Prätor, der sich die Regulirung der Besitzeszustände angelegen sein läßt, bisweilen auch das adi-

pisci der possessio haben anordnen können, da wo die eigentlich dingliche Klage gar nicht oder aus besonderen Gründen noch nicht eintreten darf. — Die Unerklärlichkeit, daß wo eine dingliche Klage besteht, daneben noch ein Interdict mit demselben Zwecke sollte vorhanden sein, wo wir doch einen processualischen Unterschied nicht finden können, muß uns mit Nothwendigkeit darauf führen, daß auch hier separata quaestio proprietatis sein sollte, indem der Prätor aus besonderen Voraussetzungen nur de possessione entscheiden wollte. Diese Voraussetzungen können den dasselbe Verhältniß betreffenden petitorischen Klagen durchaus ähnlich sein, aber es wird sich immer ein Punkt herausstellen, weßhalb nicht über das definitive Recht sondern nur de possessione entschieden werden und also jenes doch unmöglich die in Voraus zu beweisende Bedingung für die letztere sein kann. Wir müßten dies annehmen, auch wenn wir nicht im Stande wären wegen Mangels an Quellen jedes Interdict von der nahe stehenden petitorischen Klage zu unterscheiden, und nicht hieraus umgekehrt einen Grund hernehmen wollen, daß doch wohl in einer processualischen Verschiedenheit der Grund zur Aufstellung von zwei Rechtsmitteln mit demselben Zwecke läge.

Indessen sind wir auch noch keineswegs auf dem Punkte, an der Erklärung aller einzelnen Int. adipiscendae poss. verzweifeln zu brauchen. Einestheils ist eine solche oben für das fraudatorium interdictum im Verhältniß zur Pauliana actio, was freilich nur theilweise hieher gehört, gegeben worden. — Die Bedeutung der Int. quem fundum und quam hereditatem ist leicht zu verstehen, indem gerade, so lange über das dingliche Recht noch nicht entschieden werden kann, (der Proceß hierüber hat seinen gewöhnlichen Fortgang) die Frage de possessione bereits abgesondert zur Sprache kommen soll. — Ebenso klar ist das Int. quod legatorum. Es regulirt die Besitzesverhältnisse zwischen dem Legatar und Erben, und ist darauf gestützt, daß der Legatar sich eigenmächtig die legirten Sachen genommen habe. Deßhalb soll er erst die possessio herausgeben und dann mit der petitorischen Klage auftreten [7].

---

7) Fr. 1. §. 2. quod legator. — Et continet hanc causam, ut,

Ebenso wie nun vom Legatar keine petitorischen Gründe in diesem Interdictenprocesse vorgebracht werden können, so ist dies auch von Seiten des Erben nicht möglich. Denn er fordert ja etwas, was gar nicht ihm, sondern dem Legatar gehört [8]), und es ist die Voraussetzung des Interdictes, daß seine Erbenqualität ihm vom Legatar gar nicht bestritten wird. Ist nämlich Letzteres der Fall, so muß gegen den Besitzergreifer die her. pet. angestellt werden [9]), und so kann also von keiner Seite das Interdict aus den Gränzen eines reinen Processes de possessione herausgezogen werden. — Hier ist es so recht klar, daß eine Klage über die possessio nur gegeben wird, wo petitorische Klagen nicht vorhanden sind, und daß da wo dingliche Klagen zustehen, nicht an ein Int. adipisc. poss. gedacht werden kann; weßhalb hätte man sonst nicht auch dem Legatar auf Erlangung der legirten Sache ein solches gegeben? — Hiernach bleiben nur noch als Zweifel erregend übrig das Salvianum und quor. bon. Interdictum [10]), welche denn ei-

---

quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. Etenim aequissimum Praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere. Redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire.

8) Fr. 80. de legat. II. — „nunquam factum heredis."

9) Fr. 1. §. 4. quod legator. — Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato, an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut sive quis pro herede vel pro possessore possideat, petitione hereditatis teneatur, sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere, quoties incertum est, quae potius actio teneat; nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingat.

10) Es wird allgemein anerkannt, daß das Int. sectorium und possessorium (Gai. IV. 145. 146.) dem quorum bonorum ganz analog sind, daß also was von diesem gilt, auch von jenen angenommen werden muß. — Außerdem finden wir noch ein Int. adip. poss. (quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto) von dem die Gegner (Savigny Bes. S. 592. Huschke a. a. O.

ner specielleren Untersuchung zu unterwerfen sind. Vorher ist noch eine Stelle zu interpretiren, die mir den hier ausgeführten allgemeinen Charakter der **adipiscendae poss. interdicta** vollkommen zu bestätigen scheint. Es ist **fr. 2. §. 1. bis 3. de Interd.**; in welcher Paulus eine allgemeine Charakteristik und Classification sämmtlicher Interdicte aufstellt. Er macht folgende Rubriken:

Interdicta competunt:

1) **vel divini juris causa aut de religione** (worunter aufgezählt werden: **ne quid in loco sacro fiat, de mortuo inferendo, de sepulcro aedificando**),

2) **vel hominum causa:**

a. **vel ad publicam utlitatem pertinentia**

b. **vel sui juris tuendi causa**

c. **vel officii tuendi causa**

d. **vel rei familiaris.**

Unter **a** werden gerechnet die Interdicte über die **via publica** und **de flumine publico**; unter **b de liberis exhibendis** und **de liberto exhibendo**; unter **c de homine libero exhibendo**; und dann heißt es **reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.** Indeß ist das nur so zu verstehen, daß bei den Nummern **a—c** bloß einzelne Beispiele genannt sind, zu denen man leicht die übrigen dahingehörigen suppliren kann, wie z. E. bei **b** das **Int. de uxore exhibenda**; während unter den **Interdicta rei familiaris** nur die **Interdicta possessionis** verstanden werden, denn Paulus sagt nachher ausdrücklich: **haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis, aut recuperandae aut retinendae.**

Unter dieses System der gesammten Interdicte will nun Paulus eine Eigenheit gewisser Interdicte einschieben, welche

---

S. 388. Note 60) ausdrücklich zugeben, daß es lediglich **de possessione** handele. Aber es sei eine Ausnahme von der Regel. Jedenfalls haben wir nun schon drei selbständige Ausnahmen (**Int. quem fundum, quod legatorum** und das hier bemerkte) denen nur noch zwei selbständige Fälle gegenüberstehen, bei denen die Regel, wenn sie überhaupt wahr wäre, eintreten könnte.

nämlich rei persecutionem (oder proprietatis causam) enthielten. Er thut dies mit folgenden Worten:

> Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato[11]), nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent; item illa de liberis exhibendis[12]), quae sui juris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si quae[13]) interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis non possessionis causam habeant.

Diese hervorgehobenen Endworte, deren Bedeutung jedenfalls bisher nicht genug beachtet worden ist, können in dreierlei Weise verstanden werden.

1) Wenn man in den Worten ut non sit mirum das ut mit „so daß" übersetzt, und es als Folgerung aus dem vorhergehenden Satze: quae sui juris tuendi causa diximus competere ansieht, so kommt folgender Sinn heraus: „Ich habe für die Interdicte de lib. exh. etc. eine eigene Rubrik (sui jur. tuendi caus.) gemacht, so daß man sich nicht wundern kann, daß auch einige von den ad rem familiarem spectantia proprietatis, non possessionis causam enthalten." Indeß wäre dies eigentlich so gut wie gar kein

---

11) Hier ist hinzuzudenken reficiendo; was wohl heutzutage Niemand bezweifeln wird. S. Huschke Studien I. S. 387 Note 58.

12) Offenbar ist hier ein „etc." hinzuzudenken, weil Paulus: „illa" sagt; also auch das vorhergenannte de liberto exhibendo und das auf gleicher Stufe stehende de uxore exhibenda (et ducenda). Paulus zählt sie unter die proprietatis causam continentia, weil hier das Familienrecht selbst bewiesen werden muß. Fr. 3. §. 1. de lib. exh. „in quos habet jus ductionis."

13) Eine Veränderung der Lesart, die Huschke a. a. O. S. 387 Note 58.) vorschlägt, scheint mir nicht nothwendig. Diese Art der Zusammenziehung für: si ea interdicta, quae . . . oder si quae interdicta eorum [illegible] . . . kommt ja häufig vor. Der Sinn wird übrigens auch [illegible] die von Huschke vorgeschlagenen Lesarten deren eine die Haloan[illegible] ist, nicht verändert.

Sinn. Wie kann Paulus so unlogisch sein, daß er aus der Aufstellung der einen Klasse folgerte, es müsse bei der anderen Klasse ebenso sein. Weßhalb sollte er denn nicht das Gleichartige in eine einzige Klasse vereinigt haben? — Dieser Interpretation wird also wohl Niemand anhängen.

2) Man kann die Stelle auch so verstehen, daß man das „ut“ ebenfalls mit „so daß“ übersetzt, man es aber als eine Folgerung aus den Anfangsworten: **quaedam interdicta rei persecutionem continent** ansieht, wobei die Worte **veluti de itinere** bis **diximus competere** als parenthesenartig eingeschoben zu denken wären. Dann wäre der Sinn des Paulus der: „es giebt einzelne Interdicte, welche **rei persecutionem** „enthalten (und dafür werden nun einzelne Beispiele angeführt), „so daß man sich nicht wundern kann, daß sich diese Eigen„thümlichkeit auch in der Klasse der **ad rem familiarem perti„nentia** wiederfindet.“ Diese Auffassung, die jedenfalls schon viel besser ist, als die vorhergehende, scheint mir doch aus folgenden Gründen unzulässig.

Es ist nicht wohl anzunehmen, daß Paulus eine so weite Zurückbeziehung des **ut** als einer Folgerung sollte gewollt haben, während er die steife Satzverbindung so leicht hätte ändern können, wenn er mit **diximus competere** die Periode schloß, und mit **quare non est mirum** eine neue begann. — Dann aber würde der Satz: **quae sui juris tuendi causa diximus competere**, aus welchem nach dieser Interpretation das: **ut non sit mirum** die Folgerung nicht sein soll, einen völlig bedeutungslosen Zwischensatz bilden, und es wäre nicht zu begreifen, weßhalb Paulus, der doch keine unnützen Worte zu machen pflegt, hier nochmals wiederholt hätte, was er eben schon gesagt hat. Ebensogut mußte er dann auch bei den **Int. de locis sacris** und **de religiosis** wiederholen: **quae divini juris causa diximus competere**[14]. — Ferner ist die Erklärung

---

14) Dieser zweite Gegengrund fällt weg, wenn man mit Haloander aus dem Satze: item **illa de liberis exhibendis**, **quae sui jur. t. c. d. compet.**, die Worte **de liberis** [illegible]**bendis** herauswirft. Allein ich zweifle, ob dies zulässig sei, da [illegible] sich sehr wohl diese Auslassung erklären kann (indem nämlich dem Haloander jenes „**il-**

der Art, daß man hinter si etwa ein etiam oder dergl. zu suppliren hätte, indem Paulus sage, man dürfe sich nicht wundern, daß auch die ad rem fam. spect. proprietatis causam enthielten. Dergleichen Supplirungen sind freilich oft nothwendig, aber sie müssen weichen vor den Interpretationen, welche ohne sie die Stelle völlig genügend erklären. — Endlich kann nicht geläugnet werden, daß Paulus hier auf eine gewisse vollständige Aufzählung aller Interdicte, quae proprietatis causam continent ausgeht. Er zieht sogar die de locis sacris und de religiosis hinein, von denen er doch anerkennt, daß sie nur veluti (gleichsam) hieher gehören. Nun aber kann er doch nicht meinen, daß alle Int. adipisc. poss. auch zugleich propriet. caus. enthalten, da wir schon einzelne haben kennen lernen, bei denen dies entschieden nicht der Fall ist, an welche er auch ausdrücklich denkt[15]). Es mußte von besonderem Interesse sein, diejenigen Int. adipis. poss. auszuheben, bei denen dieser eigenthümliche Umstand vorkommt, und während nun die anderen einzeln genannt werden, soll hier Paulus mit der vagen Bemerkung „es giebt deren auch unter den ad rem fam. pertinentia“ sich losgemacht haben! Ja man müßte ihm die Schuld aufbürden, daß er im Folgenden[16])

---

la“ frappirte s. Note 12), während umgekehrt die unrichtige Einschiebung der Worte: de liberis exhibendis wohl Niemandem einfallen konnte.

15) Sunt etiam interdicta, ut diximus, duplicia, tam recuperandae quam adipiscendae possessionis.“ Hier ist also schon angedeutet, was uns jenes Endlichersche Fragment Ulpians deutlicher sagt.

16) §. 3. Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis, aut recuperandae, aut retinendae. Adipiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nancti possessionem. Sunt autem interdicta adip. poss. quorum bonorum. Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est, et quo itinere venditor usus est, quo minus emtor utatur, vim fieri veto (s. oben Note 10. Paulus, der eben die Wichtigkeit des Unterschiedes, ob die Int. proprietatis causam enthalten oder nicht, hervorgehoben hat, sollte, nachdem er auch eben gesagt hätte, es fänden sich deren bei den adip., doch so verschiedenar-

Alles erst recht wieder durch einander geworfen habe, indem er von den adipiscendae ganz ebenso wie von den recuperandae und retinendae spricht, als wenn allgemein es sich lediglich darin de possessione handele.

3) Also auch diese Interpretation [17]) muß verlassen werden; und dann bleibt nur noch **ein** Weg über, welcher mir der richtige zu sein scheint. Danach nehmen wir die Worte ut non sit mirum als mit dem letztvorhergehenden Satz in Verbindung stehend an: quae sui juris tuendi causa diximus competere; was doch jedenfalls die natürlichste Annahme ist, — übersetzen dann aber das „ut" nicht mit „so daß," sondern durch „**damit**." Der Sinn ist nun: „Ich habe die Interdicte de lib. exhib. etc. unter eine eigene Rubrik abgesondert (sui jur. tuendi causa), damit man sich nicht zu wundern habe, wenn man noch wieder unter der Rubrik ad rem familiarem pertinentia nicht die possessionis interdicta, sondern proprietatis causam enthaltende zusammengestellt fände? — Also Paulus deutet an, daß an und für sich die Interdicte de liber. exh., de liberto exhib. auch mit unter die Rubrik: ad rem **familiarem** pertinentia gestellt werden könnten, und dieß mußte Jedem gleich vor Augen treten, da es ja gerade die Interdicte für **Familienverhältnisse** sind. Indessen hält es Paulus für unpassend, dieselben, da sie proprietatis causam enthalten, mit anderen, die bloß de possessione handeln, unter Eine Klasse zusammenzustellen, weil natürlich diese Verschiedenheit für die ganze Gestaltung derselben von der größten Bedeutung ist.

Eben deßhalb sondert Paulus die proprietatis causam continentia ab, und stellt sie unter eine eigene Rubrik, aus deren Fassung schon diese Eigenthümlichkeit sich erklären läßt.

---

tige Rechtsmittel friedlich neben einander stellen können!) Recuperandae possessionis causa interdicta proponuntur sub rubrica unde vi; aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. Retinendae possessionis sunt interdicta uti possidetis. Sunt etiam interdicta etc. (S. Note 15.)

17) Sie findet sich schon in der Glosse.

Sui juris tuendi causa sind gerade diejenigen, bei denen das jus, oder die proprietatis causa in Betracht kommt. Hieraus aber geht nun von selbst hervor, daß Paulus unter den ad rem fam. pertinentia nur diejenigen zusammenstellen will, welche lediglich possessionis, nicht auch proprietatis causam enthalten; und das ists, was er in den Worten sagt, ut non sit mirum, si quae interd. ad rem fam. pertinent, proprietatis non possessionis causam habeant. —

Wir müssen diesen Sinn nothwendig dem Paulus unterlegen, wenn ein gehöriger Zusammenhang in der ganzen Stelle herrschen soll. Paulus sagt zuerst: Reliqua interdicta rei familiaris causa dantur. Wenn er nun im §. 3. gleich die Eintheilung ausführt, daß dies entweder adip. oder recup. oder retinendae poss. interdicta seien, so fehlt offenbar noch ein Zwischengedanke, daß er nämlich unter diesen reliqua interdicta nur die int. possessionis verstehe, ein Gedanke, der sich gar nicht so von selbst verstand. Er ist nun gerade in jenen Worten ut non sit mirum etc. ausgedrückt [18]). Erst so

18) Hiergegen muß, wie mich däucht, das Argument zurücktreten, daß „ut non“ nur selten für „ut ne,“ oder ne vorkomme. (Scheller giebt auch dies gar nicht einmal zu, und meint geradezu, daß das „ut ne,“ welches sehr häufig und auch von Paulus [z. B. fr. 4. de testib.] gebraucht wird, für „ut non“ stehe.) — Wir müssen gar oft zu selteneren Bedeutungen eines Wortes unsere Zuflucht nehmen, um einen völlig genügenden Zusammenhang zu erlangen. Paulus Gedankengang ist der: Er will eine genaue Sonderung der Interdicta proprietatis caus. cont. von denen, welche diese Eigenschaft nicht haben, aufstellen. Unter erstere rechnet er das Int. de it. actuq. ref., welches zugleich possessorisch ist. Aber wir sehen, daß er dessen petitorische Natur als die Hauptsache ansieht, und es ebendeßhalb gar nicht unter die interdicta possessionis oder ad rem familiarem spectantia rechnet. Wer hiervon das Gegentheil annimmt, muß freilich jedenfalls das „ut“ mit „so daß“ übersetzen, denn dann gäbe es ja gerade ein Interdict, welches ad rem familiarem gehörte und doch reipersecutorisch wäre. Aber dann hätte er ja offenbar gleich bei diesem Int. de it. act. den Satz ut („so daß“) non sit mirum, etc.

knüpft sich das Folgende in völlig ungezwungener Weise an, erst so kann es erklärt werden, daß in dieser weiteren Erörterung die adipiscendae[19]) so offenbar als gleichartig mit den recuper. und retin. poss. int. behandelt werden. —

Das aus dieser Stelle gewonnene Resultat ist, sofern man es für richtig erkennt, jedenfalls von der größten Bedeutung. Wir finden hier drei Interd. adipisc. poss. genannt, von denen wir das Eine schon oben (Note 10) als ein lediglich de possessione Handelndes haben kennen lernen. Neben diesem sind gerade das Salvianum und quor. bon. Int. erwähnt, die beiden, von denen es nach unserer bisherigen Darstellung nur noch zweifelhaft blieb, ob sie mit den übrigen

---

einschieben müssen. Wie konnte er nun noch vom Int. de locis sacris, de religios. und de lib. exhib. sprechen, um dann erst mit der Folgerung zu Tage zu kommen, daß jenes Int. de it. actuque beweise, es könne unter den ad rem fam. auch proprietatis causam enthaltende geben!

Eben daraus folgt, daß wir „ut" nur durch „damit" übersetzen können, daß Paulus also unter der freilich willkührlichen Bezeichnung ad rem fam. spect. die lediglich possessionis causam enthaltenden verstanden wissen will, daß er mithin unter den proprietatis causam continentia alle zusammenfaßt, bei denen das jus in Betracht kommt, mögen sie nun nebenbei noch auf possessio gehen oder nicht. Daher macht er für diese, wo sie nicht schon unter den Gesichtspunkt des divinum jus fallen, die eigene Rubrik juris tuendi causa, und ich bin überzeugt, wenn man den Paulus gefragt hätte, wohin er denn das Int. de it. actuque ref. zähle, so würde er geantwortet haben: es liege ja schon in den Worten sui juris tuendi c., was gleichbedeutend mit propr. caus. cont. sei, daß hierunter jene Int. de itin. ebensogut gehöre, als wie etwa der Fall der aqua ex castello.

19) Paulus definirt noch einmal eigends die adip. poss. interd. als quae competunt his, qui ante non sunt nancti possessionem; also er stellt es nur auf das nancisci der possessio. Das sollte er thun können, wenn hier petitorische Rechtsmittel, von denen er eben gesprochen hat, vorlägen? —

adip. poss. int. gleichen oder verschiedenen Charakters seien. Jetzt können wir auch von ihnen annehmen, daß sie proprietatis causam nicht enthielten, daß aus ihnen also keine rei jud. exc. gegen die Serviana actio und die her. pet. hergenommen werden dürfe. Für beide ist das aber noch weiter im Einzelnen darzulegen, was freilich hier in Beziehung auf das Salvianum interdictum nur in ganz kurzen Zügen geschehen kann.

e) Das Salvianum interdictum.

§. 58. Die bekannte Stelle Marcians (fr. 5. §. 1. de pign.): inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt kann nur so verstanden werden, daß das dingliche Recht in beiden Fällen durchaus dasselbe ist, demzufolge der Gläubiger, wenn er nicht gehörig befriedigt wird, sich an die obligirte Sache halten darf, indem er sie als Stellvertreter des Schuldners verkauft, und sich aus dem Kaufpreise bezahlt macht [1]). Im Uebrigen kann man nicht läugnen, daß zwischen pignus und Hypothek noch wesentliche Verschiedenheiten bestehen. Namentlich aber folgende:

Wer seinem Schuldher nicht recht traut, wird sich ein Pfandrecht in der Weise bedingen, daß er von Anfang an im Besitz der Sache sei, damit er, sobald die Forderung fällig und nicht getilgt wird, dieselbe sogleich zum Zweck der Veräußerung zur Hand habe. Wer dagegen mehr Vertrauen in seinen Schuldner setzt, wird ihm die Sache im Besitz lassen, und sich nur das dingliche Recht ausbedingen, indem er vom debitor nicht voraussetzt, daß er durch Veräußerungen ihm die Verfolgung der Sache erschweren werde. — Wenn nun feststeht, daß in jenem Falle auch vor der Fälligkeit der Forderung der creditor die Sache mit der pignoratitia in rem actio verfolgen dürfe, weil ihm ja schon der einstweilige Besitz zugesichert worden war, so wird von der anderen Seite heut-

1) Gai. II. 64.

zutage auch vielfach dasselbe für die **hypotheca** angenommen, wenn nämlich ein Interesse des Creditors vorläge, also wenn der **debitor** ihm durch Veräußerungen die spätere Verfolgung der Sache zu erschweren suche [2]).

Allgemeine Rechtsgrundsätze scheinen mir für diese Ansicht durchaus nicht zu bestehen. Von dem **creditor pignoratitius** kann man sagen: **sibi vigilavit**; da er sich gleich anfangs den Besitz ausmachte, so kann er denselben auch schon vor Fälligkeit der Forderung verlangen; allein der **hypothecarius** hat es sich selbst zu imputiren, daß er sich nur eine **hypotheca** hat bestellen lassen, und so ist auch kein Grund vorhanden, ihm mehr Recht zu gewähren, als er selbst verlangt hat. — Indeß könnte dies im Röm. Rechte durch specielle Disposition anders bestimmt sein, und in dieser Beziehung beruft man sich auf eine einzige Stelle, die mir aber das gerade Gegentheil zu enthalten scheint.

> **Fr. 14. pr. de pignorib. — Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea; et ita Celsus scribit.**

Man nimmt dies Wort **pignora** so, als wenn damit auch die **hypotheca** gemeint sei, was freilich sehr häufig ist, aber doch nie im Allgemeinen präsumirt werden kann, indem erst aus jeder einzelnen Stelle zu entnehmen ist, ob nicht etwa vom Faustpfande (**pignus** im engern Sinne) geredet werde. Wenn nun hier die Worte lauteten: **si interest mea**, so würde allerdings die Ansicht der Gegner bewiesen sein. Indeß es heißt: **quia interest mea**, und man kann doch dem Ulpian nicht den abnormen Gedanken aufbürden, „weil darin ein Vortheil für den **creditor** liege, so könne jede **hypotheca** in ein **pignus** verwandelt werden.“ Von einer besonderen Veranlassung, also dem Streben des **debitor** dem Gläubiger die Sache unzugänglich zu machen, ist ja gar nicht die Rede. Danach läßt

---

2) S. z. B. Mühlenbruchs Cession. S. 526. (3. Aufl.) Pandekten II. §. 316. zu Note 6.

sich die Stelle nur auf das pignus im engern Sinne beziehen und die Anstellbarkeit der hypothecaria kann schon nach jenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur von der Fälligkeit der Forderung datirt werden; dies bestätigt sich aber noch durch eine ausdrückliche Stelle (fr. 5. §. 1. quib. mod. pign.), worin es heißt:

Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse [3]).

Die hypothecaria act., von der wir also dieses als feststehend annehmen, ist als quasi Serviana die Ausdehnung eines ganz singulären Falles, durch den die hypotheca als Serviana actio überhaupt erst ins Römische Recht aufgenommen wurde. Wenn nämlich einem Verpachter eines praed. rustic. wegen seines Pachtgeldes die invecta und illata verpfändet worden sind, so ist es freilich sehr natürlich, daß er diese nicht in seinen Besitz bekommen kann, da sie, als das Inventar, dem Pachter durchaus zur Bebauung des Bodens nothwendig sind. Dennoch wird der Pachter gar häufig in der Lage sein, daß er seinem Gläubiger zur Sicherung des Pachtgeldes gar nichts Anderes gewähren kann, und von der anderen Seite ist doch der Fall der Art, daß fast kein äußerlich erkennbarer Unterschied mit dem pignus vorhanden ist. Die invecta und illata sind gerade die Sachen, welche der Pachter zur Bebauung des Grundstücks gebraucht, deren Natur es mit sich bringt, dauernd auf dem Gute zu bleiben und verwandt zu werden, und zwar werden auch nur die darunter verstanden, welche der

---

3) S. ferner l. 10. C. de pignorib. und Nov. 4. c. 2., wonach der Besitzer der Sache sogar zur Personalexcussion berechtigt ist. Vergl. Göschen Vorlesungen II. 1. S. 402. Sintenis Pfandrecht. S. 559 f. — Volle Bestätigung gewinnt dies noch dadurch, daß sehr wahrscheinlich die Intentio der Serviana actio so lautete: Si paret rem pignori obligatam, neque solutam esse pecuniam. L. 1. C. si pignoris conventionem. Fr. 13. §. 1. ad Sct. Vellej. fr. 59. pr. ad Sc. Trebell. — Vergl. Francke's civilist. Abhandl. S. 103 ff.

Wille des dominus dazu bestimmt, ut perpetuo ibi sint [4]). — Also es befinden sich diese Sachen freilich nicht im Besitz des Gläubigers, aber sie befinden sich doch dauernd auf einer Sache, die im Besitze des Gläubigers steht, und so findet an ihnen selbst, gleichsam als Accession des Grundstücks, ein durchaus besitzähnliches Verhältniß statt. Dies beweist sich einestheils aus dem ganz analogen Rechte des Vermiethers, der an den inv. et ill. ein Retentionsrecht hat, das doch zu seiner Begründung wenigstens ein besitzähnliches Verhältniß voraussetzt. Anderntheils geht es aus der feststehenden Römischen Terminologie hervor, daß diese Sachen „pignoris nomine illata" seien, also gleichsam als wenn sie Faustpfänder des Gläubigers wären [5]), worin zugleich der Grund liegt, daß man auch, als später aus jedem pactum eine Hypothek entstand, hier doch erst, als wenn es einen contractus re voraussetzte, mit der Induction das Pfandverhältniß entstehen ließ [6]).

Für diesen Fall gab nun der Prätor Servius jene Klage, welche dann die Veranlassung zur allgemeinen hypothecaria actio wurde. Mag nun dadurch auch erst, wie Viele glauben, das pignus zu einem dinglichen Rechte erhoben sein, oder mag dies schon früher bestanden haben, so ist doch jedenfalls sicher, daß die Serviana actio als ein Mittelfall durchaus zwischen dem pignus und der hypotheca steht. Sie gehört streng juristisch zur Hypothek, da ein wahrer Besitz des Gläubigers nicht vorhanden ist, aber factisch ist es sehr viel mehr dem pignus gleich, indem der Gläubiger sich an Sachen soll halten dürfen, welche auf der von ihm besessenen Sache dauernd zu bleiben bestimmt sind. Ihrem juristischen Charakter gemäß, können wir nun nicht annehmen, daß die Serviana actio vor Fälligkeit der Pachtforderung angestellt werden dürfe. Aber sollen wir annehmen, daß die Römer auf jenen factischen Cha-

4) Fr. 7. §. 1. in quib. caus. pign. — Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint, quod magis est.

5) Fr. 1. §. 5. de migr. fr. 1. de Salv. interd.

6) Fr. 11. §. 2. qui potiores.

rakter nicht auch in so weit Gewicht legten, daß sie bereits vor Fälligkeit der Forderung den bestehenden besitzähnlichen Zustand schützten, welcher gleichmäßig dem Willen des Pachters und der Natur der Sachen entspricht?

Bei den in ein praedium urbanum invehirten Sachen haben sie jedenfalls diesen Schutz dem Vermiether zuerkannt, indem dieser das schon erwähnte Retentionsrecht hat [7]). Sollten die Römer nun ihr Recht unvollständig gelassen, und während sie dem Vermiether Schutz gewähren, dem Verpachter denselben versagt haben? Das scheint nicht denkbar, da doch der Fall so nahe liegt, daß sie unmöglich ihn ganz vergessen konnten. — Ein Retentionsrecht konnte freilich dem Verpachter nichts helfen, da er nicht sein offenes praedium rusticum zu verschließen vermag, wie es der Vermiether seines Hauses kann, um den debitor an der Hinwegbringung der inv. et ill. zu hindern. Danach mußte ihm freilich ein anderes Rechtsmittel gewährt werden, das aber doch durchaus denselben Grund hat, als das Retentionsrecht des Vermiethers.

Dies, glaube ich, ist das Salv. Interdictum. Ebensogut nämlich wie dem Verpachter ein Retentionsrecht nicht helfen kann, hat er auch dadurch keine Sicherheit, daß vielleicht nur der frühere besitzähnliche Zustand wieder hergestellt würde, indem dem Schuldner, nach Wegbringung der Sachen, welche dauernd auf dem Grundstücke bleiben sollten, nicht mehr getraut werden kann, daß er sie nicht in jedem Augenblick wieder wegzubringen versuchen würde. Was ist also natürlicher, als daß hier der Prätor sich interponirt, nicht bloß zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern daß er dem Verpachter das Recht der Besitzeserlangung giebt, weil ihm nur dadurch wahre Sicherheit gewährt sein kann.

Wir finden hier eine Lücke im Römischen Recht, von der es merkwürdig wäre, wenn man sie nicht ausgefüllt hätte. Wir finden ferner ein Rechtsmittel, dessen geringe uns aufbewahrte Quellenzeugnisse vollkommen in diese Lücke hineinpassen. Wir finden es in unseren Pandekten neben das Int. de

---

7) Fr. 9. in quib. caus. pign. tac.

migrando gestellt, was uns sehr natürlich darauf führt, daß beide auch in einem inneren Zusammenhange gestanden haben mögen. —

Ich muß es mir hier versagen, durchzuführen, wie sehr der angegebene Gedanke mit den einzelnen Aussprüchen der Quellen zusammenstimmt, wie ferner aus einer historischen Entwicklung des Pfandrechts bedeutende Gründe für dessen Richtigkeit entnommen werden können. Das Gesagte mußte hier nur seinen Platz finden um zu zeigen, daß, wenn wir aus den bisherigen allgemeinen Gründen entnehmen, das Salv. Int. habe wie alle adipisc. poss. nur de possessione gehandelt, sich auch wirklich seine von der Serv. act. ganz getrennte Gestalt sehr wohl denken lasse. Indem wir nämlich annehmen, daß vor Fälligkeit der Forderung die Serv. act. nicht angestellt werden konnte, und daß gerade bis dahin das Int. Salv. zustand, so versteht sich von selbst, daß in Letzterem über das Pfandrecht noch nicht entschieden werden konnte. Und in der That scheint mir nach den wiederholten Aeußerungen Julians in fr. 1. de Salv. Int. kaum ein Zweifel übrig zu bleiben, daß der Beweis des Klägers im Interdictsproceß nur darauf ging: rem pignoris nomine inductam esse, welches, wie wir entschieden sehen, die Römer noch genau von der Frage: rem pignoris nomine teneri trennen [8]).

Schließlich möge hier nur noch die Stelle angegeben werden, welche mich auf diese ganze Ansicht zuerst geführt hat. Gaius IV. 147 sagt:

> Int. quoque quod appellatur Salvianum apiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

Es kann doch jedenfalls die Stelle so verstanden werden, daß das Interdict jetzt schon auf Erlangung der Sachen gehe

8) Fr. 1. §. 5. de migrando. — Proinde etsi aliena sint, et sint talia, quae pignoris nomine teneri non potuerint, pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto huic locus erit; quodsi nec pignoris nomine inducta sint, nec retineri poterunt a locatore.

(utitur), welche erst dereinst, nach Fälligkeit der Forderung ihm als pignus dienen werden (pignori futuras).

f) Das Quorum bonorum interdictum.

§. 59. Wir können jetzt nach einer längeren Digression zu unserem der p. b. angehörigen Interdicte zurückkehren. Die gegebene Argumentation läßt sich kurz in drei Punkte zusammenfassen:

1) so verschiedenen Lehren auch die adipiscendae poss. int. angehören, so ist doch schon aus ihrem Namen anzunehmen, und für alle, außer dem quor. bon. mit mehr oder weniger Bestimmtheit nachgewiesen, daß sie nur de possessione handeln; und so kann auch für jenes keine Ausnahme anerkannt werden, da unsere Quellen es als durchaus gleichartig mit den übrigen adipiscendae poss. zusammenstellen.

2) Ein ausdrückliches Quellenzeugniß haben wir dafür in den Worten des Paulus gefunden, und

3) stimmt dies mit der allgemeinen Theorie der Interdicte überein, welche nur da vorkommen, wo keine actiones möglich sind, indem namentlich adipiscendae possessionis Interdicta nur da eintreten, wo nicht schon petitorische actiones mittelbar auch die Erlangung des Besitzes gewähren, so daß es sich von selbst erklärt, daß es nur lauter singuläre, den verschiedensten Instituten angehörigen Fälle sein können.

So sind wir denn von der Interdictenlehre aus zu denselben Resultaten über das quorum bon. Int. gelangt, welche uns in den §§. 49 und 50. die allgemeinen Principien der b. p. gewährten. Diesen Beweisen sind nun noch andere hinzuzufügen, in denen zugleich, was über dieses Interdict noch zu bemerken ist, seine Erwähnung finden wird.

1) Zuerst müssen hier die Worte von Gaius angeführt werden (IV. 144.)

> Apiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bon. possessori, cujus principium est quorum bonorum, ejusque vis et potestas haec est,

ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bon. poss. data est, restituatur. pro herede autem possidere videtur, tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse, pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet. ideo autem adipiscendae possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem, itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei interdictum utile esse.

Gaius sagt hier, das Interdict diene dazu, den Besitz der Sachen von dem pro herede possessor zu erlangen, und darunter wird ausdrücklich auch der gerechnet, welcher in Wahrheit heres ist. Also dieser muß die Sachen herausgeben trotz seines Erbrechtes. Wie kann es aber klarer gesagt sein, daß das Int. quor. bon. auf ganz anderer Grundlage ruht, als die her. pet.? Letztere kann bekanntlich gegen einen wahren Erben nicht mit Erfolg angestellt werden, also wenn man bei ihr sagt, sie sei gegen den pro herede possessor gerichtet, so ist damit nur der, qui putat se heredem esse, gemeint [1]. Indem wir nun das Int. quor. bon. auch gegen den qui heres est Erfolg haben sehen, so folgt daraus, daß er sich in dem Interdictenproceß auf sein Erbrecht gar nicht berufen kann, mithin daß es sich hierin lediglich de possessione handeln muß.

Man kann dieser Argumentation auch nicht durch folgende Ausflucht entgehen wollen. Gaius meine hier unter dem qui heres est nur den, gegen welchen die b. p. cum re ist, (also z. B. den scriptus heres gegen den c. t. b. possessor), nicht aber den, welchem gegenüber die b. p. selbst zur sine re wird. Nach unserer obigen Darstellung kann die b. p. nur durch Anstellung der her. pet. zur sine re werden, und diesen Anspruch auf die Beklagtenrolle kann dem b. possessor Nie-

1) Fr. 11. pr. de her. pet.

mand nehmen. Der heres, welcher ihm das Vermögen, (die res) absordern darf, ist, so lange er die Klage nicht angestellt, durchaus dem gleich zu achten, welcher die her. pet. gegen den b. possessor nicht durchsetzen soll. Also die Pflicht zur Herausgabe der possessio ist beiden dieselbe, wie ja denn auch dem Gaius eine gar arge Undeutlichkeit zu Schulden käme, wenn er ganz allgemein sagte: is qui heres est, und doch nur den heres meinte, der dem b. possessor in der Prätorischen Rangordnung nachsteht [2]).

Und was ist nach dem Principe, das der Prätor bei Einführung der b. p. vor Augen hatte, natürlicher, ich möchte sagen selbstverständiger? Man wollte so rasch als möglich einen Repräsentanten der bona haben, der die Creditoren befriedigte, der aber, wenn das möglich sein soll, doch nothwendig auch so schnell es irgend gehen will, das körperliche hinterlassene Vermögen in die Hand bekommen muß, indem er daraus am ersten die Creditoren bezahlt machen kann. Mit Recht also muß ihn der wahre Erbe nicht bei Einforderungen dieser Sachen durch Behauptungen seines Erbrechtes aufhalten dürfen, da hier ja immer eine Nachlässigkeit von seiner Seite vorliegt, indem er nicht die ihm früher angebotene b. p. agnoscirt hat. Daß er dafür, um des Interesses der Creditoren willen, die geringe Strafe der einstweiligen Herausgabe des Besitzes dulde, ist durchaus angemessen. Materiellen Nachtheil kann er ja alsbald durch Anstellung der her. pet. abwenden.

Das ist der Sinn jener bekannten l. 22. Th. C. quorum appellat. (XI. 36). worin es heißt:

> **In interdicto quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuriis tarditatis.**

Der Gedanke ist, daß dasjenige, was seiner inneren Natur nach eine rasche Beendigung bezwecke, nun auch äußerlich im Proceßgange nicht aufgehalten werden solle. Also eine

---

2) Daß es im §. 3. J. de Interd. bloß heißt: pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse, kann unmöglich zufällig sein. Indeß ist hier noch nicht der Ort dies weiter zu verfolgen.

Beziehung auf eine schon frühere Summarietät der Interdicte ist nicht allein nicht nöthig, sondern geradezu nicht passend, indem jetzt erst die Summarietät eingeführt wird. Das Int. quor. bon., ist wie die ganze b. p., beneficio celeritatis eingeführt worden [3]), und gerade deßhalb läßt man es bloß auf die quaestio possessionis gerichtet sein, und verweist alle Fragen über das materielle Erbrecht in die Verhandlung über die her. pet.

Die Frage über die possessio aber wurde freilich vollständig im Interdictenproceß abgehandelt, und man begnügte sich hier keineswegs mit Bescheinigungen, aus denen man wieder die Summarietät hat ableiten wollen [4]).

Die Frage freilich, ob überhaupt eine b. p. agnoscirt worden sei, kann nicht wohl ein Beweisverfahren vor dem judex veranlaßt haben (§. 47. Note 4), denn da ja auch die Beurtheilung, ob die Voraussetzungen zur Agnition einer b. p. vorhanden seien, nie einem judex überlassen wurde, so ist die Gewährung von Klagen in Folge einer ertheilten b. p. im Grunde noch eine und dieselbe Thätigkeit, die denn auch meistens der Ertheilung selbst sehr bald nachgefolgt sein wird [5]). Ebenso ist vom Gebiete des Beweisverfahrens vor dem judex auszuschließen, was wir früher als die bedingenden Beweise entwickelt haben (s. §. 29 ff.). So z. B. konnte nicht mehr davon die Rede sein, ob das Testament sieben Siegel habe, ob der Erblasser als civis Romanus und suae potestatis gestorben sei, denn alle diese Punkte waren schon vor der Ertheilung der b. p. abgemacht.

---

3) Es ist dies also eine ganz ähnliche Stelle als fr. 1. pr. de succ. ed. — ne bona sine domino diutius jacerent; creditoribus longior mora fieret. — ut maturius possint creditores scire. — §. 8. J. de b. p. — ne actiones creditorum differrentur.

4) Mayer Erbrecht I. S. 404 ff.

5) So z. B. scheint es mir nicht denkbar, daß bei dem Int. ne vis fiat ei, qui in poss. noch erst eine Beweisführung hätte vorkommen können, ob überhaupt eine missio ertheilt sei. — Dergleichen gehört zu sehr in die Frage über Zulässigkeit des Interdicts, als daß sie nicht der Prätor selbst hätte beurtheilen müssen. (s. §. 54. Note 9.)

Was dagegen in den Kreis der vernichtenden Beweise schlägt (z. B. Unterschiebung eines Kindes, cap. dim. eines Agnaten, oder das zu erwartende Erscheinen eines postumus (s. §. 33. am Ende) konnte vom Beklagten im Interdictenproceß zur Sprache gebracht werden, indem durch deren Nachweisung die b. p. als non data angesehen wurde. Dem ist gleichzuachten die Behauptung des Bekl., daß ihm bereits eine frühere b. p. gegeben sei, indem dadurch jede weitere, etwa von einem späteren Prätor irrthümlich gewährte b. p. unzulässig wird. Das Alles ist wahrhaft Gegenstand des Beweisverfahrens vor dem judex [6]), aber freilich liegt hier die Beweislast dem Beklagten ob.

Dieser Klasse von Beweispunkten steht die andere gegenüber, welche sich darauf bezieht, daß die eingeforderten Sachen mortis tempore im Besitze des Erblassers gewesen seien, was die nothwendige Voraussetzung ist, damit der Bekl. als pro herede oder pro possessore possessor aufgefaßt werden könne. Hier liegt die Beweislast lediglich dem Kläger ob, wie wohl Niemand bezweifeln wird.

Wir können beide Beweisklassen genau in einem Rescripte des Diocletian (l. 2. C. quor. bon.) wiedererkennen.

> Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, recte petita bonorum possessione, quaesisti successionem, ac negotium integrum est, — quae cum moreretur ejus fuerunt, secundum interdicti quor. bon. tenorem, ab iis, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desicrent possidere, tib rector provinciae restitui efficiet.

Die b. p. muß recte petita [7]), oder wie das noch weiter erklärt wird, das negotium muß integrum sein. Und gerade

6) Also in dieser Weise kann auch die Frage über Ertheilung einer b. p. darunter gehören. Obgleich es auch möglich ist, daß eine solche Behauptnng einer dem Bekl. schon früher ertheilten b. p. gleich vom Prätor untersucht wurde. Leider lassen uns die Quellen hier gar zu offenes Feld, das wir nun mit Vermuthungen ausfüllen müssen.

7) Die Beziehung des recte auf quaesisti, so daß das Komma vor pe-

diese nochmalige Hervorhebung deutet darauf, daß wohl vom Beklagten Gründe, nach denen die b. p. als non data erschiene, vorgebracht worden waren. Aus dieser Stelle ableiten zu wollen, daß dem Kläger die Beweislast der recte petita b. p. obliege scheint mir durch Nichts begründet, und so dürfen wir bei unserer früheren Argumentation über die vernichtenden Beweise verbleiben. — Als das andere Erforderniß des Interdicts ist angegeben, daß die geforderten Sachen cum moreretur ejus fuerunt. Auch hier ist über die Beweislast Nichts gesagt, und eben deßhalb müssen wir sie nach den allgemeinen Regeln auf den Kläger stellen. Indeß darf das nicht so eng gefaßt werden, als wenn nur die Sachen gemeint wären, welche im Eigenthum des Erblassers standen, wie die Worte ejus fuerunt zu sagen scheinen. Eine andere Stelle sagt uns ausdrücklich, daß es hier nur auf die possessio des Erblassers ankomme, die Frage de proprietate aber völlig auszuscheiden sei [8]).

Hiernach sehen wir, daß das Interdict allerdings celeritatis causa inventum est, indem man die ganze Verhandlung rein auf die possessio concentrirte, aber innerhalb dieser Frage über die possessio haben wir doch gar keinen Grund nur an eine Bescheinigung, nicht an eine strenge Beweisführung zu denken. Dies wird auch durch eine bekannte Stelle bestätigt, welche freilich wohl noch anders interpretirt werden muß, als dies bisher geschehen ist [9]).

---

tita zu setzen wäre (Mayer a. a. O. S. 413), scheint mir doch zu gezwungen; die Worte ac negotium integrum est erläutern gerade noch weiter das Vorangehende, indem die b. p. integra (recte petita) sein muß. — Uebrigens lassen sich die letzteren Worte auch so verstehen, wie man den Ausdruck res integra nimmt, indem die Kaiser voraussetzten, daß die corpora hereditaria noch vorhanden seien, weil nur darauf das Interdict gerichtet ist. Aber dabei wäre doch das Wort negotium merkwürdig.

8) L. un. pr. Th. C. quor. bon. (IV. 21.) — Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quid possit tribui de proprietate luctamen?

9) S. Savigny Zeitschrift VI. S. 259, welcher der Erklärung des Cu-

L. 1. C. quor. bon. (Severus et Ant.) — Hereditatem ejus, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus, judicibus qui super ea re cogniturі erunt, de fide intentionis allega. Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.

Zuerst fragt sich, ob hier in den Worten **ad hereditatem vel** eine Interpolation vorliege, wie Mayer a. a. O. S. 417 behauptet. Er stützt dies dadurch, daß zu Severus Zeit noch nie Jemand aus der bloßen **hereditas** zum **Interdictum quor. bon.** berechtigt worden sei, und so müsse jeder Versuch die Stelle mit dem gleichzeitigen Rechte in Einklang zu bringen, an dem klaren und einfachen Wortlaut scheitern. — Indeß bleibt es dabei doch höchst problematisch, ob die Compilatoren diese Interpolation vorgenommen hätten, an die wir immer erst zuletzt denken dürfen, wenn wir die Stelle gar nicht anders erklären können. Diese Erklärung aber wird durch Folgendes, wie mir scheint, sehr einfach an die Hand gegeben.

Der Kaiser schreibt in diesem Rescripte der Partei vor, sie solle bestimmte Beweise erbringen. Dies leitet er mit den Worten ein: **quamvis enim b. p. ut praeteritus agnovisti.** Also daß diese b. p. agnoscirt sei, steht fest, aber dieß soll dem Kläger nicht genügen; wie kann nun der Kaiser sagen: „obgleich es feststeht, daß Du b. p. agnoscirt hast, so sollst Du „dennoch diese Agnition beweisen!“ Es muß also in den Worten: **et ad hereditatem vel bon. poss. admissum probaveris** wohl ganz etwas Anderes, als der Beweis der ge-

---

jacius folgt. Danach soll in den Worten: **hereditatem petiturus** eine Hindeutung auf die her. pet. poss. liegen. Aber wie könnte dann gleich darauf so ganz ex abrupto vom Interdict die Rede sein? Daß aber mit diesen Worten auch ganz allgemein die Einforderung der Erbschaft gerade mittelst des Interdicts gemeint sein könne, wird Niemand läugnen wollen, und dann scheint mir die folgende Erklärung befriedigender zu sein.

schehenen Agnition gemeint sein. Und das geht aus Folgendem hervor. Es ist hier von der c. t. b. p. die Rede, welche wenn sie vom filius emancipatus erbeten wurde, wahre c. t. ist, wogegen der filius suus, der sie agnoscirt, sich ihren Regeln gar nicht unterwirft, und sobald nur feststeht, daß er präterirt und suus sei, die hereditas gleich ipso jure ab intestato bekommt, so daß die von ihm erbetene b. p. nur als unde liberi angesehen werden kann, woraus ihm denn natürlich auch das Int. quor. bon. zusteht[10]). Auf diesen Unterschied mußten nothwendig die Kaiser Rücksicht nehmen. Daß der Kläger praeteritus sei, constatirte sich aus einer einfachen Inspection des Testamentes, daß die b. p. agnoscirt sei, stand ebenfalls fest, da überhaupt ein Interdict erlassen worden. Es blieb also nur der Beweis übrig, daß er ein filius defuncti sei, und zwar ein suus oder emancipatus; indem nur daraus hervorging, ob er hereditatem habiturus sit suo jure oder ein Recht auf die wahre c. t. b. p. (als emancipatus) habe. Diesen Beweis besiehlt nun der Kaiser und keinen anderen noch außerdem; die Worte et („und also") ad her. vel b. p. admissum probaveris sind die daraus hervorgehende Folgerung, wodurch zugleich angedeutet wird, daß der Beweis nicht bloß auf die Sohnesqualität gehen soll, sondern auch darauf, ob er suus oder emancipitus sei. — Daß der Kaiser nur einen einzigen Beweis fordert, geht auch aus dem ersten Satz hervor, worin geradezu gesagt wird, wenn er behaupte, der Verstorbene sei sein Vater, so müsse er dies beweisen. Der zweite Satz ist hievon nur die weitere Ausführung.

Unsere Stelle ergiebt also, daß über die Ertheilung der b. p. nicht noch ein Beweisverfahren im Interdictenproceß Statt fand. Das andere Resultat aber, daß nämlich der Kläger seine Sohnesqualität darthun muß, könnte mit dem vor-

10) Fr. 15. pr. de legat. praest. — Is qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi c. t. b. p. petierit, quia et non petita b. p. intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli huic noceat, et absurdum est eum cogi legata praestare, quia b. p. petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure.

her von uns Gesagten in Widerspruch zu stehen scheinen (s. Seite 387). Indeß ist das keineswegs der Fall. Es ist oben (§. 33. ad Note 8) entwickelt worden, daß die Nachweisung, man sei suus (oder emancipatus) des Erblassers zu den bedingenden Beweisen der b. p. gehöre. Daß dies gleich vor Ertheilung der b. p. darzuthun war, mußte offenbar als das einfachste erscheinen, weil aus der b. p. nicht bloß das Int. quor. bon., sondern auch die fictitiae actiones hervorgehen, also überhaupt eine Reihe von Processen, in denen immer wieder jener Beweis hätte geliefert werden müssen, was zu großer Verweitläuftigung, und auf den Fall, daß hier etwa die verschiedenen judices verschieden urtheilten, zu großen Verwicklungen hätte führen können. War dagegen jener Beweis schon vorausgenommen, so konnte in allen einzelnen Processen nun darauf verwiesen werden. Und das müssen wir auch wohl noch im Zeitalter des Severus als die Regel anerkennen. — Dagegen ist dies ja durchaus nichts, was in so formelle Regeln eingeschlossen gewesen wäre, daß nicht der Prätor, wo es geeignet schien, davon hätte abweichen können. Wenn Jemand aus entfernten Gegenden nach Rom kam, oder einstweilen nur einen Stellvertreter senden konnte, um die Frist der b. p. nicht ablaufen zu lassen, wenn er aber seine Beweise, daß er filius des Verstorbenen sei, noch nicht beibringen konnte, und sie nachzuliefern versprach, so ist es undenkbar, daß ihm der Prätor die b. p. verweigert habe. Und daher mußte natürlich im ersten vom b. possessor angestellten Proceß, was meist das Interdict sein wird, dieser Beweis prästirt werden. Jedenfalls ruht hier also die Beweislast auf dem Kläger, und das stimmt mit unserer Stelle vollkommen überein. Ja sie gewährt noch das Argument, daß hiedurch unser Rescript aus dem Bereich der Trivialitäten, welche es scheinbar enthält, gehoben wird. Wenn Jemand behauptet, er sei filius defuncti, so versteht sich eigentlich von selbst, daß er das beweisen muß, und man brauchte darum nicht erst noch an den Kaiser zu gehen. Aber man sieht, der Kläger stützt sich darauf, es stehe fest, daß ihm die b. p. gewährt worden (quamvis enim b. p. ut praeteritus agnovisti) und behauptet danach, er brauche nichts weiter zu beweisen, was darauf deutet, daß

in den gewöhnlichen Fällen dies sich allerdings so gestaltete, weil jener bedingende Beweis schon vor Ertheilung der b. p. geliefert war. Hier hatte das nun nicht Statt gefunden [11]) und so ruft ihm der Kaiser die allbekannte Beweisregel zu, „daß, was man behauptet, auch dargethan werden muß.“ Es verstehe sich also von selbst, daß er seine Sohnesqualität jetzt im Interdictenproceß nachzuweisen habe.

Diese Erklärung scheint mir weit annehmbarer, als daß man die Frage in das Gebiet der vernichtenden Beweise hinüberspielt, wonach der Beklagte positiv die Unterschiebung des Sohnes behauptet hätte, nachdem dieser im Allgemeinen bereits dargethan, man habe ihn bisher für den Sohn gehalten, — daß man nun hier den Beklagten als missus in possessionem voraussetzt [12]), welcher dadurch die ihn eigentlich treffende Beweislast der Unterschiebung wieder auf der Kläger wälzte [13]). Indessen ließe sich der Fall so immer noch denken. Wenn aber Mayer ganz allgemein sagt, erst durch die ertheilte missio werde es veranlaßt, daß der b. possessor sein Recht auf die b p. darthun müsse, während sonst die Nachweisung der datio b. possessionis genügt hätte, so muß ich mich entschieden dagegen verwahren, und glaube im Bisherigen die Widerlegung bereits gegeben zu haben. Die Ertheilung der missio soll hier der eigentliche Entscheidungsgrund des Kaisers sein, und doch ist davon in der Stelle gar keine Spur, die doch gewiß zu finden wäre, troß dem, daß es ein Rescript ist. Wir können uns also jeden beliebigen possessor als den Beklagten denken.

§. 60. 2) Da wir aus Gaius sehen, daß das Int. quor. bon. auch gegen den qui hères est angestellt werden kann, so läßt sich noch durch eine andere Argumentation beweisen,

---

11) Es leuchtet ein, daß man auch in jener l. 2. C. quor. bon. das: recte petita bon. possessione in ähnlicher Weise auf einen erst im Interdictsproceß zu leistenden bedingenden Beweis beziehen kann, wenn man diese Interpretation für passender hält.

12) L. 2. C. de ed. divi Hadr. toll.

13) Mayer a. a. O. S. 409.

daß dabei nicht in Form einer Einrede über das definitive Erbrecht entschieden werden konnte. — Die her. pet. war eine Klage, die der Competenz des Centumviralgerichtshofes angehörte, und Justinian sagt von ihr in l. 12. C. de her. pet.:

> Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi [1]).

Das Interdict ist ein Prätorischer Befehl, welcher ursprünglich am Ende der extraordinaria cognitio erlassen wurde, und der auch, als man später den exitus interdictorum an judices übertrug, doch noch immer der eigentliche Kern des Processes ist, indem die judices ihre Thätigkeit ganz aus jenem Befehle abzuleiten haben. Es scheint mir nicht denkbar, daß man durch diese tramites eines magistratischen decretum jene regelmäßige via hereditatis petitionis hätte umgehen können.

Es war der allgemeine Satz des Römischen Rechtes, daß eine major quaestio nicht incidenter in einer minor causa abgehandelt werden dürfe, so daß letztere, wenn sie ohne jene nicht entschieden werden konnte, zu sistiren war, während sie, sobald eine Verhandlung ohne praejudicium für die major causa sich denken ließ, überhaupt nicht weiter aufgehalten werden konnte [2]). Wenn es nun feststeht, daß über das Erbrecht, die her. pet, nur von den Centumvirn entschieden werden kann, so ist es dabei freilich nicht unzulässig, daß der Prätor zur einstweiligen Regulirung der Erbschafts-Angelegenheiten Verfügungen treffen darf, aber dennoch dürfen sie jenem Proceß, der jedenfalls die major quaestio enthält, nicht präjudiciren. Die Rechtsmittel, die der Prätor gewährt, hätten also entweder bis Anstellung der her. pet. sistirt werden müssen, dann aber wäre der ganze Zweck der b. p. weggefallen, oder sie konnten nur interimistische Rechtsmittel sein, mithin sich nur auf possessio beziehen, soweit sie eine Einforderung der Erbschaftssachen enthielten. Man kann also auch nicht daran denken, daß das Int. quor. bon. bis zur her. pet. sistirt worden wäre, noch daß die Römer es für unnütze

---

1) Fr. 5. §. 2. Fr. 25. §. 17. de her. pet. Fr. 13. de except.

2) Vergl. meine Commentatio de praejudiciis. (1840.) p. 7. ff.

Weitläuftigkeit gehalten hätten, den b. possessor erst mit dem Interdict einfordern zu lassen, was er dann in Folge der her. pet. wieder herausgeben müsse. Wo sonst die juristischen Principien untergehen würden, scheuen sie auch die Weitläuftigkeiten nicht, und außerdem waren diese dem heres gemachten Weitläuftigkeiten ganz nach dem Sinn des Prätors, damit soviel wie möglich die Furcht vor denselben den heres zur Agnition der b. p. treiben mögte [3]).

Also auch hieraus geht hervor, daß das Int. quor. bon. rein de possessione gehandelt haben muß. Der Fall kann daher auch so gedacht werden, daß der wahre heres die b. p. agnoscirt hat, und mit dem Interdicte klagt. Wir müssen nothwendig annehmen, daß er nachher noch immer die her. pet. anstellen kann, weil im Interdicte noch gar nicht von seinem Civilrechte die Rede war, und ihm also daraus weder eine exceptio praejudicialis noch rei judicatae gegen jene Klage entnommen werden kann. Dies bestätigt ausdrücklich fr. 14. §. 3. de re jud.:

> Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

Man hat aus dieser Stelle den Beweis hernehmen wollen, die Int. adip. poss. handelten nur de possessione; das aber thut sie freilich nicht dar. Man muß dies erst auf andere Weise ermittelt haben, um von ihr Gebrauch zu machen.

So muß denn hier auch noch eine andere vielbesprochene Stelle angegeben werden, die zu demselben Beweise benutzt worden ist, ohne doch nach unserer Ansicht irgend dazu dienen zu können [4]). Es ist darin die Rede von den Behauptungen

---

3) Daß der heres gleich bei der Herausgabe an den p. possessor eine satisdatio wegen dereinstiger Restitution verlangen konnte, ist damit nicht ausgeschlossen.

4) L. un §. 1 u. 2 Th. C. quor. bon. (vergl. 59 Note 8). Constat autem, virum ab intestatae uxoris bonis superstitibus consanguineis esse extraneum, cum prudentium omnium responsa, tum lex ipsa naturae successores eos faciat. Insuper etiam mansura perpetua sanctione jubemus, ut omnibus frustrationi-

des Beklagten, wonach ihm das Eigenthum an Sachen zustehe, welche er nach dem Tode des Erblassers eigenmächtig in Besitz genommen hat. Wir haben aber oben weiter ausgeführt (§. 50. ad Note 11), wie dergleichen auch gegen die her. pet. nicht geltend gemacht werden darf, da auch dem heres der Anspruch auf die Beklagtenrolle nicht zu nehmen ist, welche in solchem Falle dem Erblasser zugestanden haben würde.

3) Unsere umfassende Beweisführung von §. 49 an hat das Interdict von den verschiedensten Seiten aus beleuchtet, und wir sind auf Wegen, wie sie bisher noch nicht in dieser Weise gebahnt worden sind, immer gleichmäßig zu denselben Resultaten gelangt, daß es in Zweck und Gegenstand von der her. pet. verschieden sei, daß es sich nur auf die possessio beziehe, ebendeßhalb auch nur auf die corpora hereditaria, auf diese aber als Universalklage gehe. Wir stehen am Ende. Nur in Beziehung auf die Nebenbestimmungen unseres Interdictes ist zuletzt noch die Verschiedenheit zusammenzustellen, welche auch hier der her. pet. entgegentritt. Freilich hat das Meiste davon schon im Voraufgehenden seine eigentliche Begründung erhalten müssen.

Das Interdict befiehlt nicht bloß zu restituiren, was der Bekl. pro herede oder pro possessore noch von den corpora besitzt, sondern auch was er dolo malo fecit, ut desineret possidere[5]). Es sind im §. 50. Note 17 Beispiele angegeben, bei denen entschieden oder wenigstens wahrscheinlich dieselbe Bestimmung nicht erst aus der her. pet., also dem Hadrianschen Sct. abgeleitet ist. Daß es bei unserem Interdicte ebenso sei, beweist sich daraus, daß aus diesem Sct. noch ein anderer ganz ähnlicher Punkt abgeleitet wurde, den man, wenn hier eine Uebertragung Statt gefunden hätte,

---

bus amputatis, in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa. L. 3. J. C. quor. bon.

5) Mit dem Interdict unter diesem Gesichtspunkt concurrirt auch die act. ad. exhib. fr. 28. 29. 30 de furtis, und wie es nach diesen Stellen scheinen mögte, auch die furti act., was aber nach fr. 2. §. 1. u. fr. 6. expil. her. unzulässig ist.

und wenn überhaupt das Interdict ein petitorisches Rechtsmittel wäre, gewiß nicht vergessen haben würde [6]).

Ferner geht aber das Interdict auch gegen den qui pro herede vel pro possessore possideret si nihil usucaptum esset. Daß dies ebenfalls bereits von Anfang an bestanden und gerade der her. pet. zum Vorbild gedient habe, ist im §. 21. weitläuftiger entwickelt. Hier ist nur noch das hinzuzufügen, daß im Interdicte, da es nur de possessione handelt, auch diese auf pro herede usucapio gestützte exceptio dominii ausgeschlossen sein mußte, während sie allerdings gegen die her. pet. wie sich von selbst versteht, vorgebracht werden konnte. Es war also nur noch die Frage, ob der Usucapient die Sache, welche er ersessen, dann mit der secundaria proprietatis actio zurückfordern konnte. Aber es scheint mir sehr natürlich, daß der Prätor, ebenso gut wie er die auf Usucapion gestützte exc. justi dominii nur causa cognita giebt [7]), es ebenso auch mit der Klage gemacht haben wird, und da es hier sich um eine Usucapion handelt, die nur noch nutzlos im Civilrecht fortbestand, kein Bedenken zu tragen brauchte, dieselbe zu rescindiren, also auch eine darauf gebaute Vindication nicht zu gestatten.

3) Gegenseitiges Verhältniß der fictitiae actiones und des Int. quor. bon.

§. 61. Unsere gesammte Darstellung der objectiven in der b. p. enthaltenen Rechte hat ergeben, was die im ersten Kapitel ausgeführte Entstehung des Institutes von selbst mit sich brachte, daß nämlich der eigentliche Kern des Ganzen die Fiction des Erbeseins ist. Daß dem b. possessor ein in bonis gewährt wird, daß er in conditione usucapiendi sich befindet, sind Rechte, die das Wesen der b. p. nicht enthalten. Sie sind Zugaben, die sich freilich sehr natürlich ent-

6) Nämlich is qui liti se obtulit. Fr. 13. §. 13 u. 14 de her. pet. — v. Löhr Archiv XII. S. 100. Magazin f. Rechtsw. IV. S. 471.
7) Fr. 57. mandati.

wickeln mußten. Das wahre Wesen ist eine Universalsuccession, die factische Ausübung (possessio) des jus heredis (hereditatis oder bonorum) also die interimistische Repräsentation des zögernden heres. Daraus erklären sich die nunmehr weitläuftig erörterten Rechtsmittel, die fictitiae actiones und das Interd. quorum bonorum. Es bedarf kaum einer Erwähnung, daß wo nach den Grundsätzen, denen gemäß der Prätor zu dieser interimistischen Repräsentation ruft, Mehrere gleichmäßig berechtigt erscheinen, sie nun alle insgesammt loco heredis sind, daß sie nach Quoten wieder unter sich theilen, daß überhaupt alle civilrechtlichen Regeln über coheredes auf diese fingirten coheredes Anwendung finden [1]).

Unter sich aber stehen die fictitiae actiones und das Int. quor. bon. wieder in dem Verhältniß, daß jene in ihrer activen und passiven Bedeutung jedenfalls die Hauptsache sind, ohne die sich eine b. p., soweit sie nicht einem anerkannten heres gegeben wird, gar nicht denken läßt, wie sie ja denn auch Gaius IV. 34. als unmittelbar aus dem Wesen der b. p. hervorgehend darstellt. Ihnen gegenüber hat das Interdict nur eine untergeordnete Bedeutung, ein so wichtiges Rechtsmittel es auch in einzelnen Fällen sein kann. Denn da es nur auf die corpora hereditaria geht, diese aber in der Erbschaft gar nicht enthalten zu sein brauchen, so läßt sich eine vollkommene gültige b. p. auch ohne ein Interdict denken.

Jetzt erst kann die Ulpiansche Definition gleich im Anfange des Titels de bon. poss. völlig verstanden werden, die wir also auch erst an das Ende dieses Buches stellen durften:

> Fr. 3. §. 1. de b. p. — Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis, quam corporis possessio; denique et si nihil

1) So das Accrescenzrecht (l. un. C. quando non. pet. part. 6. 10.), das judicium familiae herciscundae. Fr. 2. §. 1. fam. herc. ferner in Beziehung auf die Legatare das Int. quod legator. fr. 1. §. 3. §. 11. Fr. 2. §. 1. 4.. quod legator. etc. Ueberhaupt die Bestimmung, daß die Rechtsmittel des b. possessor in perpetuum gegeben werden. Pr. J. de perpet. et temp. act.

corporale sit in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait. §. 2. Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus: jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, cum moritur, fuit. Man sieht offenbar, daß Ulpian im §. 2. ganz dasselbe, nur in strenger Definitionsform sagen will, was er im §. 1. aus Labeo referirt. Also der eigentliche Begriff ist die juris possessio [2]), das Recht, Alles quod cujusque cuum moritur fuit, also den ganzen Inbegriff seines Vermögens (patrimonium oder res), mit Klagen zu verfolgen (persequendi) und als Beklagter zu vertheidigen (retinendi). Mit einem Worte, der Inbegriff der fictitiae actiones. Die rerum possessio, also das Int. quor. bon., bildet nicht den wahren Begriff der b. p., obgleich, wo sie überhaupt möglich ist, sie von selbst aus diesem Begriffe folgt [3]).

Es ist wohl zu bemerken, daß Ulpian die Definition der b. p. unverändert aus Labeo entlehnt, und daß Cicero, der wenig früher als Labeo lebte, ausdrücklich bezeugt, das jus praetorium habe seit seiner Entstehung sein Wesen nicht verändert [4]). Wir haben also keinen Grund anzunehmen, daß der b. p. je ein anderer Begriff untergelegen habe, als wie er uns aus Ulpians Worten hervorleuchtet.

Das hiernach feststehende accidentelle Verhältniß des Int. quor. bon. zu den fictitiae actiones folgt ja denn auch deutlich aus Gaius, der als den Hauptpunkt es hervorhebt, wenn Jemand jure praetorio succedire, so intendire er ficto se herede [5]), während er, genau die Edictsworte nachsprechend, das

2) Fr. 208. de verb. sign.

3) Damit sind auch fr. 138. fr. 170. de verb. sign. verständlich.

4) Posteaquam jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus.

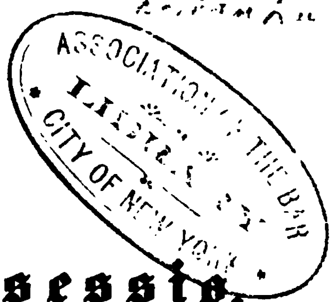
5) Gai. IV. 34. — quum enim praetorio jure — succedat, — ficto se herede intendit. So auch Ulpian XXVIII. 12. Hi quibus ex successorio edicto b. p. datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

Interdict nicht auf die ganzen bona, deren possessio gegeben worden, sondern nur auf Gewisses ex his bonis, nämlich auf dasjenige, was Gegenstand der possessio eines Anderen ist, bezieht (IV. 144). Und dasselbe zeigen uns die durchaus analogen Klagen des bonorum emtor, welche Gaius gleich neben den Klagen des bon. possessor erwähnt.

Wie sich nun aber hiermit die räthselhafte hereditatis petitio possessoria [6]) vereinigen lasse, ist eine Frage, deren Beantwortung jedenfalls Vieles voraussetzt, was nicht mehr reine Prätorische Thätigkeit bei der Gestaltung der b. p. war. Es wird wohl allgemein angenommen, daß sie wenigstens nicht in den ursprünglichen und reinen Begriff der b. p., von dem in diesem Bande die Rede war, gehört, und die Gründe, welche im Bisherigen dafür angegeben sind, können uns hier genügen.

6) Dig. V. 5.

Druck von E. A. Huth in Göttingen.



Die

Bonorum possessio.

Ihre geschichtliche Entwicklung

und

heutige Geltung,

dargestellt

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,
ordentl. Professor der Rechte zu Rostock.

Zweiter Band.
Erste Abtheilung.

Göttingen,
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1848.

Meinem lieben Oheim,

Herrn

Vice-Präsidenten Leist

biete ich dies Buch

als geringes Zeichen

inniger Verehrung und Dankbarkeit.

Vorrede.

Es bedarf weniger Worte, um den vorliegenden zweiten Band, der seines Umfanges wegen in zwei Abtheilungen hat getheilt werden müssen, beim Publicum einzuführen. Ich habe dieses Werk in einer doppelten Weise fruchtbringend zu machen gestrebt. In Hinsicht auf das practische Rechtsleben bin ich darauf bedacht gewesen, wie schon der Titel andeutet, die „heutige Geltung" der bon. poss. in klares Licht zu setzen. Das Resultat ist nun vorzugsweise ein negatives, und wenn man etwa meinen sollte, daß, um zu sagen, die bon. poss. sei unpractisch, es eines so weitläuftigen Werkes nicht bedürfe, — so brauche ich darauf nur zu entgegnen, daß überhaupt die Thätigkeit derer, welche das Römische Recht bearbeiten, nicht bloß in dieser, sondern noch in vielen anderen Lehren eine wissenschaftlich aufräumende sein muß, und daß, wenn man die negative Seite beleuchtet, dadurch auch das umgekehrte Positive schärfer hervortritt. Im Uebrigen verweise ich auf das fünfte Buch, in welchem meine Ansichten über die Geltung und den Werth des Römischen Rechts für unsere Zeiten, sowie die practischen Resultate, welche sich aus der Lehre von der bon. poss. ziehen lassen, genauer entwickelt sind.

Um zu diesen Endresultaten zu gelangen, habe ich das Institut in vier weitläuftigen Büchern durch den langen Lauf vieler Jahrhunderte hin verfolgt, und es scheint ein Mißverhältniß, daß diese vier ersten Bücher, als Vorarbeiten für das fünfte, ihm gegenüber einen weit überwiegenden Raum einnehmen. Aber auch diesen Vorwurf muß ich ablehnen, indem ich in den vorhergehenden Büchern einen zweiten selbständigen Zweck verfolgt habe, der mir von fruchtbringender Art schien. Ich wollte in diesem Werke, wie der Titel sagt, nicht bloß die heutige Geltung, sondern auch die ganze „geschichtliche Entwicklung" der bon. poss. darstellen. Eine gut gestaltete Rechtswissenschaft lebt nicht bloß aus der Hand in den Mund, sie beschäftigt sich nicht lediglich mit dem, was man zum practischen Hausbedarf unumgänglich nöthig hat. Man kann, ganz abgesehen von aller directen Anwendung, auch aus den Rechtsentwicklungen eines fremden Volkes viel lernen, der Gewinn steigert sich, wenn wir es mit einer Rechtsentwicklung zu thun haben, in der bedeutende wissenschaftliche Kräfte thätig gewesen sind. Und wenn es sich endlich sogar um ein Rechtsinstitut handelt, das, freilich selbst unpractisch, doch einst mit anderen noch heutzutage geltenden Instituten in einflußreichem Zusammenhange gestanden hat, so tritt das Studium desselben aus dem Gesichtspuncte der Nützlichkeit schon wieder in den der Nothwendigkeit über, indem es zum vollen Durchschauen des heutigen Rechts gehört, daß man auch über die Bedingungen seiner Gestaltung in Klarheit sei. Aus diesen Gründen habe ich gestrebt, alle Theile und alle verschiedenen Perioden der bon. poss., so viel in meinen Kräften lag, vollständig und erschöpfend zu entwickeln. Ich habe mich für berechtigt gehalten, auch andere Lehren, sobald sie zur Erklärung der b. p. dienen oder umgekehrt die Erklärung aus

der h. p. schöpfen können, mit in den Kreis dieses Werks hineinzuziehen. Besonders mußte ich mir in dem ersten Bande eine breite weit ausgedehnte Basis schaffen, auf welcher die mehr sich concentrirenden Untersuchungen des zweiten ruhen könnten. So bietet denn diese Arbeit so ziemlich eine innere Entwicklungsgeschichte des ganzen Römischen Erbrechts, soweit es eine Universalsuccession enthält.

Ob die Resultate meiner Studien, bei denen ich nach neuen Ansichten nicht gehascht, aber mich auch vor den sich aufdrängenden nicht verschlossen habe, von Werth sind, ob ich (was mein Bestreben war) das große Quellenmaterial vollständig umfaßt, es gehörig verarbeitet und durchschaut habe, darüber steht das Urtheil Anderen zu. Ich brauche wohl kaum zu bemerken, daß je schärfer und tiefer eingehend die Critik sich äußert, um so willkommener sie mir sein wird. Dieser zweite Band erscheint zu einer Zeit, wo die politische Reorganisation Deutschlands die Aufmerksamkeit Aller, auch meine eigene, in Anspruch nimmt, und wäre er nicht vorher beendigt gewesen, so würde seine Herausgabe wohl noch längere Zeit sich verzögern. Ich lasse ihn nun dennoch, auch wenn der jetzige Augenblick wenig günstige Aufnahme verspricht, in die Welt hinausgehen, überzeugt, daß, falls die Arbeit überhaupt Werth hat, sie auch ihre Beachtung, sei es jetzt sei es später, finden wird. Aus der politischen Umgestaltung Deutschlands werden große segensreiche Folgen auch für die frischere und lebensvollere Entwicklung unseres Privatrechts hervorgehen. Daß ich rücksichtlich der bisherigen Handhabung des Römischen Rechtes in Deutschland nicht gerade in einen goldenen Kelch schaue, wird man aus dem fünften Buche genugsam ersehen. Es ist freilich schon viel vom Geiste der Römischen Juristen unter uns geredet worden, aber wenig in ihrem Geiste für Fortbildung unseres

Rechtes gethan. Auch von vielen Theilen des Erbrechts gilt dies; was aber die bon. poss. anbetrifft, so ist sie schon jetzt, wie gerade dies Buch nachweisen soll, ein abgethanes Institut, die Gründe also, welche uns trotz dem zu ihrem Studium hinführen, gelten auch fernerhin, und lassen daher auch die Herausgabe dieses Buchs im Angesichte großer Umgestaltungen unseres Rechtes als gerechtfertigt erscheinen.

Rostock den 23. Mai 1848.

Inhaltsangabe.

Zweites Buch.

Die Erweiterungen der b. p. unter dem Prätor.

Erstes Kapitel.

Die suppletorischen Erweiterungen der Intestaterbfolge.

Zweites Kapitel.

Erweiterungen des Notherbenrechts durch die b. p. c. t.

Seite

Drittes Kapitel.

Die historischen Veranlassungsgründe und Folgen der c. t. b. p.

Viertes Kapitel.

Veränderungen der sec. tab. b. p. in der klassischen Juristenzeit.

Fünftes Kapitel.

Delation und Acquisition der b. p.

Zweites Buch.

Die Erweiterungen

der

bonorum possessio

unter dem Prätor.

Einleitung.

§. 62. In dem ersten Buche dieses Werks ist die ursprüngliche Gestalt der bonorum possessio dargestellt worden. Der Begriff, welcher ihr von Anfang an zum Grunde lag, bestand auch noch zur Zeit der klassischen Juristen. Nur an Umfang hat das Institut nach und nach wesentlich zugenommen, ohne dadurch seinen bisherigen Begriff zu verlieren. Wir könnten uns, wie schon im ersten Bande hervorgehoben ist, diese Erweiterungen ganz wegdenken, ohne daß damit die ganze b. p. geläugnet werde; es sind also Institute, die ihre eigenen Veranlassungsgründe haben, welche nicht zugleich den Entstehungsgrund der gesammten b. p. enthalten. Die Darstellung aller dieser zu der ursprünglichen Gestalt der b. p. hinzugetretenen Bestandtheile wird uns in diesem zweiten Buche beschäftigen. Wir haben den eigenthümlichen Ursachen eines jeden nachzuforschen, indem uns dies in doppelter Hinsicht Nutzen gewährt. Einestheils wird dadurch unser Beweis über die Entstehung der ursprünglichen b. p. vervollständigt, indem, wenn wir wissen, daß einzelne Theile ihre eigenthümliche Veranlassung gehabt haben, damit die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß aus ihnen die Entstehung des Ganzen abgeleitet werden könnte. Anderntheils aber dienen diese besondern Veranlassungsgründe zur Erfassung des inneren Wesens der neu hinzutretenden Lehren selbst. Und dies zu erkennen, und gehörig zu verstehen, wie sich die hinzukommenden Institute an den eigentlichen Kern des ganzen Systems der b. p. angeschlossen haben, ist ja hier unsere Hauptaufgabe.

Alle diese jetzt darzustellenden Theile unserer Lehre sind entstanden zu einer Zeit, wo noch der Prätor selbstthätig die Erbschaftsangelegenheiten mittelst der im Edict aufgestellten Sätze regulirte, sie sind auch meist durch den Prätor selbst entstanden. Die Zeit, in der sie geschaffen wurden, ist die Blüthe der Römischen Jurisprudenz, wir haben hier also schon von vorn herein scharfe, consequente, und bewußte Rechtsbildungen zu erwarten.

Der vor uns liegende Stoff zerlegt sich nun in fünf Kapitel. Die kleine Zahl der Erbklassen, welche der Prätor dem Civilrechte entlehnt hatte, sec. tab. — und ab intestato die drei legitimen Klassen der sui — agnati — gentiles (confirmandi juris civ. gr.)[1]), wurde zuerst dadurch vervollständigt, daß man hinter ihnen zwei neue Erbklassen unde cognati und unde vir et uxor aufstellte (supplendi jur. civ. gratia). Kap. I. — Es wurde dann sogar eine Klasse geschaffen, die allen, auch der sec. tab. vorgehen sollte. Diese contra tabulas b. p. ist freilich nur auf einen an und für sich engen Kreis berechnet, nämlich auf die Beerbung eines Hausvaters, der seine Kinder nicht gehörig berücksichtigt hat. Aber dafür ist es ein desto exorbitanteres Recht, welches der weitläuftigen Untersuchung in Bezug auf sein inneres Wesen und seine Entstehungsgründe bedarf. Kap. II. — Diese contra tabulas b. p. ist dann noch, abgesehen von der auf sie selbst gerichteten Prüfung, in ihrem Verhältniß zu anderen Instituten des Erbrechts ins Auge zu fassen. Dies sind theils solche, die besondere Gründe zur Erklärung der c. t. b. p. selbst darbieten, theils wieder aus dieser ihre Erklärung schöpfen. Letzteres ist die b. p. unde liberi, welche ebenso wie die c. t. eine corrigendi juris civilis gratia proponirte Klasse heißt, und zwischen der sec. tabulas und der ersten Klasse der legitimi eingeschoben wurde. Kap. III. — Zuletzt sind noch die Umgestaltungen der sec. tabulas b. p. darzustellen, welche dieser Klasse, die ursprünglich rein confirmandi jur. civ. gratia aufgestellt worden war, in gewissen Ausnahmsfällen den Charakter einer supplendi, ja später so-

1) §. 1. I. de b. p.

gar in Folge kaiserlicher Einwirkung einer corrigendi causa gegebenen ertheilte. Kap. IV. — Nachdem wir so den Ueberblick über das ganze Prätorische System gewonnen haben werden, sind die Grundsätze zu prüfen, nach welchen diese einzelnen Klassen vom Prätor gehandhabt wurden, also die Delation und Acquisition der b. p. so wie die Rückwirkungen, welche diese Prätorischen Grundsätze wieder auf das Civilrecht äußerten. Kap. V.

Erst wenn wir so das ganze Gebiet des Prätorischen Erbrechts in der klassischen Jurisprudenz durchmessen haben werden, läßt sich weiter untersuchen, was sich mit denselben in den späteren Zeiten zugetragen hat, wo kein Prätor, keine Juristen mehr vorhanden waren, welche so wie bisher die Träger und Stützen der von ihnen geschaffenen Lehre hätten sein können.

Erstes Kapitel.

Die suppletorischen Erweiterungen der Intestaterbfolge.

§. 63. Es finden sich unter den Intestat-Delationsgründen mehre Klassen, die sich nur auf Prätorische Jurisdiction gründen. Dahin gehört das Erbrecht der Emancipirten, der Cognaten, und der Ehegatten. Weil indeß das Erstere wesentlich mit den Prätorischen Neuerungen im Notherbenrecht zusammenhängt, so werden wir uns in diesem ersten Kapitel nur mit den letzteren beiden Punkten zu beschäftigen haben.

Ein einziger Blick auf das alte Civilrecht zeigt uns die große Beschränktheit der zur Erbfolge berufenen Klassen. Haben wir es nun als die Entstehungsursache der b. p. erkannt, daß das öffentliche Interesse dem Prätor die Pflicht auflegte, für die Constituirung eines Repräsentanten des heres zu sorgen, so werden wir zugleich einsehen, daß durch Einführung der successio unter den civilrechtlichen ordines jenes Bedürfniß, dem man um der sacra und Gläubiger willen abhelfen mußte, nur erst dürftig befriedigt worden war. Sehr leicht konnten die Fristen der b. p. sämmtlich unbenutzt verstrichen sein. Wenn kein Testament, und keine sui vorhanden waren, dagegen wohl eine große Zahl von hinter einander stehenden Agnaten und von Gentilen, so kam doch Alles, wie ich im ersten Bande (S. 211) nachgewiesen zu haben glaube, lediglich auf die Agnition des proximus agnatus an. Dieser

stand einer ferneren Delation der h. p. an die übrigen Agnaten, und Letztere wieder einer weiteren Berufung der Gentilen entgegen. Die Güter waren, wenn der proximus agnatus nicht antrat, nach civilem wie Prätorischem Rechte erblos.

Dasselbe Bedürfniß, welches die h. p. hervorgerufen hatte, mußte also auch fortwirken, um eine Vervollständigung derselben herbeizuführen. Was lag näher, als daß der Prätor mit der Zeit darauf kam, neue ordines hinter den alten aufzustellen, worin er nach vergeblich verstrichenen Fristen Personen zur Succession berief, die freilich nach Civilrecht nie Erben werden konnten, die aber doch werth waren, um der sacra und creditores willen und überhaupt auch wegen ihres eigenen nahen Verhältnisses zum Erblasser, so lange loco heredis constituirt zu werden, bis etwa der wahre heres sein Recht in Anspruch nehmen würde?

Das Wesen der h. p. ist fingirte Universalsuccession. Der erste Schritt, und der offenbar am nächsten liegende war doch, daß man diejenigen als heredes fingirte, welche es freilich nach Civilrecht nicht waren, aber es gewesen sein würden, wenn ihnen nicht eine frühere Klasse im Wege stände. Der zweite Schritt ist jetzt, daß man Personen ruft, welche nicht bloß im vorliegenden Fall, sondern überhaupt nie heredes sein können. Beide Schritte hat der Prätor gethan, so viel ist gewiß, und so kann denn auch nach ihrer inneren Bedeutung kaum ein Bedenken statt finden, daß er den zweiten Schritt nicht vor dem ersten gemacht haben werde. Der Begriff des fingirten Erbrechts lag doch bei denen am Nächsten, welche wirklich in abstracto, und nur nicht im einzelnen concreten Fall Erbrecht haben. Als dies vorlag, konnte man daran auch Andere anknüpfen, welche selbst in abstracto kein Civilerbrecht hatten. Wollten wir uns aber den ersten Schritt hinwegdenken, so fehlt ganz die Brücke, um uns in natürlicher Weise den zweiten zu erklären.

Savigny hat in der That diese Ansicht aufgestellt [1]), und ich muß hier noch genauer auf dieselbe eingehen, während schon aus dem ersten Bande genügend hervorgegangen

1) Zeitschrift für gesch. R. W. V. S. 14.

sein wird, daß ich derselben nicht beitreten kann. Es soll demnach in der Aufstellung neuer ordines zu Gunsten gewisser vom Civilrecht nicht berücksichtigter Personen (also Emancipirte, Cognaten, Ehegatten) der Ursprung der ganzen b. p. zu finden sein. Wir können, obgleich hier von den Emancipirten [2]) noch nicht die Rede ist, doch schon die allgemeinen Gründe zusammenstellen, welche dieser Auffassung entgegenstehen. — Beweise aus den Quellen lassen sich für dieselbe nicht vorbringen. Es kommt also nur auf die innere Wahrscheinlichkeit an, mit der aus ihr das ganze System der b. p. erklärt werden kann. Dazu aber ist sie, wie mich dünkt, nicht geeignet.

I. Es läßt sich die Annahme, daß der Prätor, um gewissen Personen das Vermögen zuzuwenden, die b. p. eingeführt habe, gar nicht wohl vereinigen mit seiner Bestimmung, die er doch entschieden auch getroffen hat, daß namentlich unter den civilrechtlichen ordines eine successio statt finden solle [2a]). Wollte er Cognaten und Ehegatten rufen, so hatte er doch genügende Rücksicht auf das Civilrecht genommen, wenn er edicirte: »Falls der heres nicht auftritt in bestimmter Zeit, soll der Cognat gerufen werden.« Wie soll es sich erklären lassen, daß der Prätor nun doch unter den civilrechtlichen ordines eine Reihenfolge machte, also wenn der heres in der ersten Klasse stand, erst noch die übrigen ordines, die das Civilrecht ja gar nicht rief, den Cognaten und Ehegatten, um derentwillen das ganze Institut hervorgerufen wäre, vorausstellte? Wenn ein suus vorhanden war, warum noch erst die Agnaten hinterdrein rufen, wenn man doch eigentlich den Cognaten das Vermögen zuwenden wollte, — warum seinem Zwecke selbst Hindernisse in den Weg stellen, wozu das Civil-

2) Daß nämlich höchstens die Cognaten und Ehegatten, nicht aber die Emancipirten zur Erklärung des Ursprungs der b. p. benutzt werden können, wird aus der Darstellung des zweiten und dritten Kapitels hervorgehen, wo es nachzuweisen ist, daß der c. t. und unde liberi b. p. ganz eigenthümliche Entstehungsursachen zum Grunde liegen.

2a) S. besonders Gai. III. 37 und überhaupt das Bd. I. Einl. S. XV. Gesagte; s. ferner unten §. 66. Note 2 und §. 68. Note 2.

recht gar keine Veranlassung gab, und wodurch der Zweck in sehr vielen Fällen ganz unerreicht bleiben mußte?

Man kann nicht einwenden, die successiven Fristbestimmungen für die civilrechtlichen Erben seien nothwendig gewesen, um zu wissen, daß kein heres vorhanden wäre, in dessen Ermangelung nun die Cognaten das Vermögen erhalten sollten. Ein so unzureichendes, ja sogar dem Zweck entgegenstehendes Mittel würde doch der Prätor wahrlich nicht gewählt haben. Man sieht so deutlich, daß den heredes nicht deßhalb eine Frist gesetzt wird, um wirklich mit Sicherheit zu erfahren, ob Civilerben vorhanden seien, sondern nur um einen genügenden Grund zu haben, ihr Nichtvorhandensein präsumiren zu dürfen [3]). Also den Zweck, den Cognaten dauernd das Vermögen zu verschaffen, können wir nicht als das Vorherrschende betrachten, der Prätor hätte vielmehr um dieses Zweckes willen dem säumigen heres, ebenso wie er es beim spatium deliberandi that, die Klagen nach Ablauf der Frist denegiren müssen, während doch in der That der heres noch immer die b. p. des Cognaten zur sine re machen konnte. Und ferner würde jener Zweck auch nur dahin geführt haben, lediglich dem vom Civilrecht gleichviel in welcher Klasse gerufenen heres eine Frist zu setzen, der Prätor hätte edicíren müssen, wenn dieser heres, sei es nun ein scriptus oder einer aus den drei Intestatklassen, nicht in bestimmter Frist anträte, so sollten gleich die Cognaten und dann die Ehegatten gerufen werden. Dadurch aber, daß man nun hinter diesem heres noch die anderen Civilklassen, die beim Vorhandensein einer früheren Klasse nicht heredes waren, rief, wurde es um nichts sicherer, ob der wahre heres die Erbschaft haben wollte, und es entstand nun umgekehrt die Möglichkeit, daß zwischen den heres und den Cognaten sich andere Personen stellten, welche ohne heredes zu sein, den Zweck des Prätors, in Ermangelung des heres die Cognaten zu rufen, vereitelt hätten. Und ein solches Institut, das ganz andere Resultate hervorbrachte, als man beabsichtigte, kann man doch den Römern nicht zutrauen.

3) Fr. 1. §. 10. de succ. ed.

Hieraus folgt, daß die von Savigny aufgestellte Voraussetzung, welche der Entstehungsgrund der b. p. gewesen sein soll, mit der vom Prätor eingeführten successio unter den civilrechtlichen ordines im Widerspruch steht, daß also, wenn jene richtig wäre, wir unmöglich diese im Römischen Rechte finden dürften. Und daran ändert es nichts, ob wir uns diese ordinum successio unter den legitimi gleich anfangs mit der Cognatenklasse eingeführt, oder sie erst später hinzugekommen denken wollten.

Ganz anders aber stellt sich die Sache, wenn wir den historischen Verlauf umgekehrt anordnen; d. h. das successorium edictum unter den Civilklassen als das frühere schon selbständig Bestehende annehmen, an das sich dann die Klasse der Cognaten und Ehegatten freilich sehr natürlich anknüpfte. Wir sprechen hier ja bloß von der inneren Wahrscheinlichkeit, und ich sehe ganz ab von den besonderen Beweisen, welche ich für die ursprüngliche Gestalt des successorium edictum schon vorgebracht habe, und anderntheils für die singulären Entstehungsgründe der suppletorischen und correctorischen Erbklassen noch vorbringen werde. Nach dieser inneren Wahrscheinlichkeit aber charakterisirt sich doch gleich, wie ich vorher schon ausführte, die successio unter den Civilklassen als der erste, die Aufstellung neuer ordines als der zweite Schritt.

2. Aber ich kann auch das nicht einmal zugeben, daß, angenommen die b. p. bestand schon als successorium edictum für scripti und legitimi, die Hinzufügung der Cognaten und Ehegatten lediglich aus dem Interesse dieser hier gerufenen Personen zu erklären sei. Auch dann noch hätte die b. p. anders gestaltet werden müssen, der Prätor würde mit dem Ablauf der den Civilklassen angesetzten Fristen, eine Denegation der her. pet. also eine Ausschließung der b. p. sine re verbunden haben [4]). Der eigentliche Grund, welcher diese

4) Wenn überhaupt der Prätor die fragliche Absicht gehabt hätte, so würde er das angegebene Mittel ganz unbedenklich haben anwenden können. Durfte er doch sogar einem unter casueller Bedingung eingesetzten Erben, wegen des Interesses der Creditoren, eine Deliberationsfrist setzen, nach deren Ablauf, wenn auch die Bedingung

Klassen hervorrief, war derselbe, der die b. p. überhaupt erzeugte, das Interesse der Creditoren. Da das Civilrecht so wenige Klassen darbot, so mußten neue gemacht werden, die den Gläubigern gegenüberträten, wenn der heres säumig oder gar nicht vorhanden war. In so weit kommt das eigene Interesse der Berufenen noch gar nicht in Betracht. — Daß dieß so sei, beweist sich eben schon aus der Gestalt dieser b. p. unde cognati und vir et uxor, bei denen man ganz so wie bisher den Satz bestehen ließ, auch der säumige heres könnte ihnen noch immer die Erbschaft wieder abfordern. In diesem Fall also hatten sie nichts als Weitläuftigkeiten und keinen Vortheil von der Agnition der b. p. gehabt.

Daß man neuer Klassen bedurfte, erklärt sich aus dem Interesse der Gläubiger; daß man nun aber in die neu aufzustellenden Klassen gerade die Personen rief, welche wir hier finden, das rechtfertigt sich allerdings sehr natürlich aus ihrem nahen Verhältniß zum Erblasser, in Folge dessen sie die Nächsten waren, denen man, falls der heres die her. pet. nicht anstellen wollte, das Behalten der bona gönnen konnte. — Es wird sich dies, wie wir sehen werden, nachher noch genauer beweisen lassen.

3. Auch dem materiellen Begriff, welchen Savigny für die den Cognaten rc. gegebene b. p. construirt, kann ich nicht beistimmen. Der Prätor habe für die von ihm Berufenen in Bezug auf die obligatorischen Verhältnisse fictitiae actiones aufgestellt; rücksichtlich des Eigenthums habe er ihm das Recht der pro her. usucapio verliehen, und zum Beginn dieser Usucapion das Int. quor. bon. [5]). Als aber das Recht des natürlichen Eigenthums (in bonis) in der Folge aufgekommen, sei dies natürlicher Weise auch dem b. possessor eingeräumt worden, so daß man nun immer mehr die b. p. als ein der hereditas gleichartiges Recht ansehen konnte.

---

noch gar nicht eingetreten, also der heres ganz ohne Schuld war, das Vermögen den Creditoren überwiesen wurde. Fr. 23. §. 2. de her. inst.

5) Ich bemerke hiergegen nichts weiter, mich auf die Darstellung dieser Punkte im ersten Bande berufend. S. auch namentlich Einleitung S. XXVI. Not. 14.

Wenn die b. p. der Cognaten cum re war, so enthielt sie allerdings ein der hereditas materiell gleiches Recht, aber gerade weil dies keineswegs im Voraus sicher ist, weil dem heres die her. pet. gegen die suppletorischen Erbklassen nicht denegirt wird, so war doch durch dieselben eine Umgestaltung des ursprünglichen Begriffs der b. p. nicht möglich. Dies definitive Erbewerben ist auch zur Zeit der klassischen Juristen, trotz der damals schon vollkommen ausgebildeten correctorischen und suppletorischen Klassen, noch immer kein wesentliches Requisit der b. p., während es allerdings ein nothwendiger Bestandtheil im Begriff der hereditas ist. Die Juristen behandeln die b. p. noch immer als das, was die Worte buchstäblich sagen: Besitz des Erbrechts. Ob dieser Besitz dauernden effectus haben werde oder nicht, ist eine weitere Unterscheidung, die an und für sich im Begriff der b. p. noch nicht enthalten ist [6]). Was daher als weiteres Ergebniß der b. p. cum re erscheint, und dahin gehört ja namentlich, daß sie das in bonis gewähre, das afficirt das Wesen der b. p. nicht. So kommt es, daß wenn wir sie freilich von Anfang an als eine Universalsuccession anzusehen haben, wir sie doch auch in der Blüthe der Jurisprudenz noch nicht als ein der hereditas materiell gleichartiges Recht auffassen dürfen. Dies wird noch deutlicher werden, wenn wir dem die Umgestaltung der b. p. in der späteren Kaiserzeit gegenüberstellen, weßhalb ich hier auf die im folgenden Buche zu gebenden Entwicklungen verweisen kann.

§. 64. Nach diesen Vorbemerkungen haben wir genauer auf die Quellen einzugehen, und daraus den Entstehungsgrund der Cognaten- und der Ehegattenklasse zu rechtfertigen. Aus Ulpian in fr. 1. pr. unde cogn. und fr. un. unde vir et uxor ist darüber nichts zu schöpfen, wohl aber aus Gaius III. 33., dessen hier nicht ganz leserliche Worte wir wohl unbedenklich aus den Justinianeischen Institutionen ergänzen dürfen.

6) Ulpian XXVIII. 12. 13. sondert in diesen beiden Paragraphen genau den eigentlichen Begriff der b. p. und die Eintheilung in cum und sine re. Letztere ist ebensosehr eine wahre b. p. wie die Erstere.

Nachdem er vorher von dem **ordo unde liberi**, so wie den nach Civilrecht von der Agnatenklasse Ausgeschlossenen gesprochen, und den Begriff der **b. p.** ähnlich wie Ulpian XXVIII. 12. angegeben hat, fährt er mit wenigstens theilweiser Beziehung auf die Klassen, von denen hier die Rede ist [1]), so fort:

> **Adhuc autem alios complures gradus praetor facit in bonorum possessione danda, dum id agit, ne quis sine successore moriatur.**

Gaius giebt hier sehr deutlich an, daß der Hauptzweck der ganz neu vom Prätor eingeführten **ordines** nicht die Befriedigung bisher vernachlässigter Personen gewesen sei, sondern gerade das, was wir überhaupt als Entstehung der **b. p.** erkannt haben. Der Prätor mußte es sich angelegen sein lassen, daß Niemand **sine successore** stürbe. Es ist dies eine durch das öffentliche Interesse gebotene Rücksicht, hinter welche das der hier gerufenen Personen so sehr zurücktritt, daß Gaius Letzteres gar nicht erwähnt. Auch sieht man, daß er die von ihm hervorgehobene Absicht des Prätors gar nicht bloß auf die Klassen bezieht, an die er gerade denkt. Er sagt nur, daß sie sich auch bei diesen zeige, und wir können daher seine Worte auch so umstellen: **in danda bonorum possessione praetor id agit, ne quis sine successore moriatur, quare etiam alios complures gradus facit.** Dies bestätigt also vollkommen das schon im ersten Bande über den Ursprung der **b. p.** Gesagte.

Wenn nun aber auch Gaius sich hier gar nicht darauf einläßt, die neuen Klassen daraus zu erklären, daß es billig gewesen sei, gewisse dem Civilrecht unbekannte Personen zu rufen, so können wir dennoch nicht zweifeln, daß die innere Gestaltung dieser Klassen, welche schon das Interesse der Creditoren forderte, ganz nach der **naturalis aequitas** eingerichtet sein wird. Man rief darin diejenigen, welche die natürliche Rechtsanschauung der damaligen Zeit in Ermangelung der Civilklassen dem Erblasser am nächsten stellte [2]). Wie und zu

---

1) Gaius denkt auch gewiß noch an die besonderen Klassen beim Tode eines Freigelassenen.

2) Und die auch bisher wohl meistens schon, wenn die **heredes** gegen

welcher Zeit die Römer hiezu gelangten, ist jetzt im Einzelnen nachzuweisen.

1. Die b. p. unde cognati.

Die Engigkeit und Unbeholfenheit, mit der das alte Civilrecht den drei Intestatklassen deferirte, war zu bedeutend, als daß nicht mit der Zeit den Römern selbst eine Abänderung wünschenswerth erscheinen mußte. Neuere Schriftsteller haben nun, wie Bd. I. S. 206 angegeben ist, die erste Aenderung darin gesucht, daß auch schon nach Civilrecht eine successio der Gentilen auf die Agnatenklasse eingeführt worden sei, und diejenigen, welche dies behaupten, werden jedenfalls meinen, daß dies dann auch der Prätor anerkannt habe.

Wenn man mir nun vielleicht zugeben wird, daß jedenfalls im Civilrecht diese Rechtsänderung nicht zu finden ist [3]), so wird man doch, wie ich vermuthe, geneigt sein, sie wenigstens dem Prätorischen Rechte zuzuschreiben. Und allerdings ist auch daran, wie ich schon oben hervorgehoben habe, in soweit nicht zu zweifeln, daß, wenn nur Agnaten eines Grades vorhanden waren, und die b. p. nicht erbaten, diese nun den Gentilen deferirt wurde. Falls aber zwischen den proximi agnati und den Gentilen entferntere Agnaten standen, scheint mir eine Berufung der Gentilen auch nach dem Prätorischen

---

sie nicht auftraten, durch eigenmächtige Besitzergreifung und pro herede usucapio zur Erbschaft gelangten. Diese Berücksichtigung der aequitas wird von Cicero Or. part. c. 28 ausdrücklich hervorgehoben: aut quum hereditatis, sine lege (d. h. welche keine b. p. unde legitimi ist) aut sine testamento, petitur possessio, in quibus causis quid aequius aequissimumve sit, quaeritur; quas ad causas facultas petitur argumentationum ex iis, de quibus mox dicetur, aequitatis locis.

3) Für die Richtigkeit dieser Ansicht läßt sich auch noch die Collatio XVI. 2. §. 3. anführen: Intestatorum hereditas lege duodecim tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentilibus deferebatur. Das aliquando kann ehemals, aber auch zuweilen heißen. In letzterem Falle bedeutete es also, daß Gentilen vorhanden sein, und doch nicht immer heredes werden konnten.

Stricte unmöglich. An die Gründe, womit ich dies bereits im ersten Bande bewiesen zu haben glaube, knüpfe ich hier an, indem gerade die eigenthümlichen Veranlassungsursachen, welche uns für die neu aufgestellten ordines in den Quellen mitgetheilt werden, einen neuen Beweis für jenen Satz enthalten, ja, wie mir scheint, ohne denselben gar nicht recht verständlich sein würden.

Man könnte nämlich (und ich gehe wohl nicht zu weit, wenn ich diesen Gedanken bei den meisten neueren Schriftstellern voraussetze) die Entstehung der b. p. unde cognati folgendermaßen rechtfertigen wollen. Dem Prätor sei es unpassend vorgekommen, daß das bisherige Intestat-Erbrecht auf Agnation basirt worden sei 4), er habe demselben deßhalb ein ganz neues Princip substituiren wollen, die Cognation. Freilich habe er das bisherige Civilrecht nicht vernichten können, und so wäre sein neues Princip nur suppletorisch demselben angefügt worden. — Zu dieser Ansicht paßt aber gar nicht recht die frühe Zeit, in die, wie wir sehen werden, die b. p. unde cognati bereits zu setzen ist, und in der die Agnation noch so sehr fest in der Römischen Rechtsansicht wurzelte, es paßt ferner nicht, daß eben diese Klasse nur suppletorisch an das civile System angefügt wurde. Wenn die damalige Zeit die Agnation schon für so unpassend gehalten hätte, das Erbrecht darauf zu bauen, so würde der Prätor, das natürliche Organ der Volksansichten, leicht Mittel und Wege haben finden können, um correctorisch gegen das Civilrecht aufzutreten. Es würde uns endlich, wenn die Absicht des Prätors gleich von vorn herein auf ein neues System des Erbrechts ging, wundern müssen, daß innerhalb des großen Kreises der Cognaten nicht noch wieder mehre Klassen unterschieden worden wären, während doch parentes, liberi, und Seitenverwandten, deren verschiedene Stellung die Römer sehr wohl

---

4) Auch die Gentilen sind ja fingirte Agnaten, durch einen sagenhaften Stammvater als den pater familias zusammengehalten. Und so stehen ihnen, wenn wahre Agnation sich nicht beweisen läßt, von selbst die Agnatenrechte zu.

zu unterscheiden wissen, lediglich nach der Gradesnähe durcheinander geworfen sind [5]).

Schon dies führt uns auf die Vermuthung, daß die Cognatenklasse einen singulären Entstehungsgrund gehabt haben werde. Und dieser läßt sich nun auch, wie mich däucht, mit ziemlicher Sicherheit nachweisen.

Wenn den Römern es auffallen mußte, daß, sobald hinter einem proximus agnatus noch entferntere Agnaten und außerdem Gentilen vorhanden waren, Beide von der Erbschaft ausgeschlossen sein sollten, — so konnten sie doch wohl nicht zweifelhaft sein, wem von Beiden bei einer vorzunehmenden Rechtsänderung der Vorzug gebühre. Man mußte zuerst darauf denken die übrigen Agnaten zuzulassen, war aber diesen geholfen, so war damit schon genügend für einen successor des Verstorbenen gesorgt, und man brauchte nicht auch noch den Gentilen mehr Recht zu geben, als sie nach den 12 Tafeln hatten, da ja dieß Verhältniß in der damaligen Zeit schon sehr untergeordnete Bedeutung hatte.

Also den ferneren Agnaten mußte, das war ein der Römischen Anschauung nahe liegender Punkt, die Möglichkeit gegeben werden, zur Erbschaft zu gelangen. Aber im ordo unde legitimi eine graduum successio einführen, das war wiederum etwas den Römischen Ideen völlig Widersprechendes. Jemanden als legitimus rufen, und doch die Regeln der lex hintansetzen, schien nun einmal nicht möglich. Mogten auch spätere Juristen sich darüber hinwegsetzen wollen, die Prätorische Praxis ist es nie geworden [6]), und in der Zeit, wo die Klasse unde cognati eingeführt wurde, wird auch noch kein Jurist eine solche Behauptung gewagt haben.

In unseren Quellen wird nun in der That die Cognatenklasse so aufgefaßt, als sei sie vorzüglich zu dem Zwecke vor-

5) Fr. 1. §. 5—8. unde cognati.

6) S. auch noch fr. 2. §. 5. de suis et legit. Interdum ulteriorem agnatum admittimus, utputa fecit quis testamentum; quum haberet patruum, et patrui filium; deliberante herede scripto patruus decessit, mox heres institutus repudiavit hereditatem; patrui filius admittetur; ergo et bonorum possessionem petere potest.

handen, um die nur durch juris scrupulositas von der Agnatenklasse Ausgeschlossenen herbeizuziehen. Und es liegt auch so nahe, daß die Römer, wenn sie dieselben nicht als legitimi rufen konnten, darauf kamen, ihre Berechtigung auf die Cognation zu stützen. So stellt uns zuerst Gaius die Sache dar, welcher, nachdem er die Mängel angegeben hat, welche die civilrechtlichen Klassen der sui und agnati enthielten, hinzufügt:

> III. 25. Sed hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.

Diese Emendation sei erlangt durch den ordo unde liberi und unde cognati, und so zeigt denn auch seine weitere Darstellung in den §. 27—31, daß er den tertius gradus d. h. die Cognatenklasse, nicht als ein ganz neues im Gegensatz des Civilrechts aufgestelltes Erbrechtsprincip, sondern recht eigentlich als eine Emendation des Agnatenerbrechts und nebenbei auch des der sui auffaßt.

Ganz ebenso wie Gaius, stellen auch die Justinianeischen Institutionen die Sache dar [7]), und wenn auch Beide noch andere Verbesserungen hervorheben, welche der Prätor außer der den entfernteren agnati gegebenen successio herbeigeführt habe [8]), so dürfen wir doch wohl Letzteres als den ganz besonders hervortretenden Grund annehmen, da es ja das Nächstliegende war, wenn der Prätor id agit, ne quis sine successore moriatur.

Jedenfalls sehen wir, daß die Römer die b. p. unde cognati als eine Emendation der Agnatenklasse auffassen, und so finden wir denn auch hier, was uns so häufig im Römischen Rechte begegnet. Der Grund der Rechtsfortbildung ist meist nicht das Streben umfassende neue Principien in das Recht einzuführen, sondern die Veranlassung ist gewöhnlich kleinerer Art, es sollte eine Verbesserung in einzelnen Punkten des bestehenden Rechtes eintreten. Die Agnatenklasse bedurfte deren in mancher Hinsicht, man schuf darum emendandi juris civilis causa die Cognatenclasse, und so erklärt es sich

---

7) §. 2 u. 7. I. de legit.

8) z. B. die Berufung der agnati capite deminuti, der feminae quae consanguineorum gradum excedunt.

denn nun auch vollkommen, daß ebenso wie bei den Agnaten rein die Gradesnähe entscheiden sollte [9]). Aber da man nun einmal von den Fesseln der b. p. unde legitimi frei war, so verstand es sich von selbst, daß man nicht bloß vom proximus agnatus auf den ersten nächstfolgenden Cognaten ging, sondern überhaupt eine ganz vollständige graduum successio zuließ [10]).

Als Ausbildung der Agnatenklasse läßt sich die b. p. unde cognati loben, als absichtliche Basirung des Erbrechts auf das Cognationsprincip würde man sie höchst unvollkommen nennen müssen. Aber eben diese Cognatenklasse mußte erst gehörige Zeit im Rechtsleben sich eingenistet haben, ehe die Römische Anschauung, die nun einmal bisher das Erbrecht als Ausfluß der Agnation betrachtet hatte, sich umbilden konnte. Da man das Recht der vom zweiten gradus Ausgeschlossenen lediglich auf Cognation hatte stützen können, so wurden natürlich jetzt auch Personen zugelassen, die (wie die Mutter gegen ihre Kinder und umgekehrt) nie mit einander im Agnatenverbande gestanden hatten. Um ihretwillen war die Klasse nicht eingeführt, aber es schadete auch nichts, daß sie die Vortheile derselben mit genossen. Hiedurch wurde man nun erst darauf geführt, es als passend anzusehen, daß auch die

9) Auch die Redeweise der Römer ist hier ganz so wie bei den Agnaten. Ebenso wie man hier den proximus agnatus rief, nannte man auch die neue Klasse: unde proximi cognati fr. 1. §. 9. fr. 9. pr. §. 1. unde cogn. fr. 1. pr. quis ordo. fr. 1. §. 9. ad SC. Tertull. Das Wort scheint im Edict gestanden zu haben, weßhalb sich Ulpian fr. 1. 5—8. unde cogn. auf so genaue Interpretation desselben einläßt.

10) Fr. 1. §. 10. unde cogn. Daß man aber bloß bis zum siebten Grad und regelmäßig sogar nur bis zum sechsten die Cognaten zuließ (fr. 1. §. 3. eod.), erklärt sich aus der allgemeinen Anschauung der Römer, welche dem Cognatenkreis überhaupt diese Gränze setzte. Klenze Cognaten und Affinen. Zeitschr. f. gesch. R. W. VI. S. 102. Der Gedanke Goldschmidts (in Grolmann u. Löhrs Magazin III. S. 354.), daß bei der b. p. unde cogn. unter dem siebten Grade nur das Kind eines sobrinus mit einer sobrina gemeint sei, hat keine genügenden Gründe für sich. — Uebrigens sind cognati im juristischen Sinne nur die mortis tempore Concipirten. fr. 6. u. 8. pr. de suis et legit. (welche bei Julian offenbar zusammenhingen).

Cognation zum selbstständigen Grunde des Erbrechts gemacht werde, und daß derselben, gerade weil die b. p. unde cogn. nicht von diesem Gesichtspunkte aus eingeführt war, eine genügendere Stellung zu geben sei. Daß parentes und liberi den Seitenverwandten, auch den agnatischen, vorausgestellt würden, daß sie ein selbst gegen ein Testament zu realisirendes Recht hätten, gehörte wesentlich dazu, sobald man davon sprechen wollte, daß das Römische Erbrecht, wenn es auch die Agnation noch beibehielt, das Princip der Cognation in sich aufgenommen habe. In der That aber gelangte man in gar nicht langer Zeit hierzu. Die Centumvirn gewährten namentlich den parentes et liberi die querela inoff. test. und eigene Senatusconsulte führten ein an besserer Stelle stehendes Erbrecht der Kinder gegen die Mutter, und der Mutter gegen die Kinder ein. So war wirklich jetzt das Princip geschaffen, das nun nach und nach dem Agnatenrechte immer mehr Boden abgewann, und es am Ende ganz verdrängte. Die b. p. unde cognati war, wie mir scheint, sehr viel mehr die Ursache, daß sich dies Princip erst bilden konnte, als daß sie bereits als eine Aeußerung seines Vorhandenseins aufzufassen wäre. Indem man das Agnatenrecht emendiren wollte, hatte man eine Bahn betreten, die viel weiter fortführte, als man anfangs im Auge gehabt hatte.

§. 65. Aus der bisherigen Darstellung geht nun auch schon hervor, wie wir uns das Verhältniß der b. p. unde cognati zur Gentilenklasse zu denken haben. Beide nämlich bestanden, wie sich entschieden nachweisen läßt, noch zu Cicero's Zeit neben einander. Wenn wir aber in den Quellen die deutliche Hinweisung finden, daß die Cognatenklasse als Emendation der Agnatenklasse aufgefaßt wurde, so folgt sehr natürlich, daß die Berufung der cognati gleich hinter der der agnati gestanden haben wird. Zu diesem Resultate gelangen wir auch in der That mit dem oben über die b. p. unde gentiles Gesagten, und so gewährt es neue Beweiskraft für die Richtigkeit unserer Untersuchungen, daß wir die beiden durch verschiedene Gründe bewiesenen Punkte in genauem Einklange sich verbinden sehen.

An und für sich nämlich muß man allerdings sagen, daß die Cognaten in der Prätorischen Reihenfolge **hinter** den Gentilen stehen. Der ordo unde legitimi ist eine Einheit, die, wenn auch in drei Klassen zerfallend, doch eine Auseinanderreißung durch eine zwischengeschobene Prätorische Klasse unmöglich zuläßt, die Quellen sagen entschieden, daß die Cognaten erst hinter den legitimi gerufen wurden [1]), also so lange das Recht der Gentilen noch vorhanden war, standen sie als legitimi auch in der b. p. den Cognaten voran. Aber das kann uns auch gar nicht wundern, da wir gefunden haben, daß die b. p. unde cogn. vorzugsweise dazu dienen sollte, um die ceteri agnati zuzulassen, da diese aber nie vorhanden waren, wenn Gentilen gerufen wurden, so verstand es sich freilich von selbst, daß die Uebrigen in die b. p. unde cogn. mit Aufgenommenen, allerdings erst kommen konnten, wenn die Agnitionsfrist der Gens verstrichen war, so wie diese auch noch immer die b. p. zur sine re machen durfte. Dagegen wenn hinter einem proximus agnatus entferntere Agnaten standen, und das mußte ja ein sehr häufiger Fall sein, so waren die Gentilen jedenfalls von der Succession ausgeschlossen, es wurden also gleich die Cognaten und hinterdrein vir et uxor gerufen. Im practischen Resultat gingen mithin doch in den meisten Fällen die prätorischen Erbklassen den wirklich vorhandenen Gentilen vor. Sie konnten die b. p. nicht zur sine re machen, denn sie hatten ja kein Civilerbrecht, und sie waren von der b. p. ausgeschlossen, weil der Prätor, troß der Präsumtion, der vor ihnen Gerufene (proximus agnatus) sei nicht vorhanden [2]), dennoch nicht fingiren konnte, sie seien die vom Civilrecht Gerufenen [3]) (legitimi) heredes.

So zeigte also die b. p. unde cognati sehr häufig auch in der äußeren Fristenfolge, daß sie zur Emendation der Agnatenklasse, gleich an dieselbe sich anknüpfend, aufgestellt wor-

1) Fr. 1. pr. quis ordo — Intestati hi gradus vocantur: primum sui heredes, secundo legitimi, tertio proximi cognati, deinde vir et uxor. fr. 1. §. 1. si tab. test. null.

2) Fr. 1. §. 10. de succ. ed.

3) Tum uti proximum quemque potissimum heredem oportet, ita secundum cum b. p. dabo.

den sei. Und es kann uns nun auch nicht auffallen, daß der Prätor in diesen Fällen, wo Cognaten und Ehegatten vorgingen, nicht darauf kam, etwa hinter diesen Klassen wieder noch eine neue zu proponiren, in der die Gentilen als nicht-legitimi die b. p. erbitten dürften. Für Successoren war durch jene Klassen genug gesorgt, das Gentilenrecht dagegen war damals schon zu sehr veraltet, und dem Erlöschen nahe. Der Prätor brauchte also nicht mehr für sie zu thun, als was ihr Recht als legitimi von selbst mit sich brachte.

Hiemit aber wird es nun noch um so erklärlicher, daß das Erbrecht der Gentilen bis zu Gaius Zeit ganz außer Uebung kam, denn auch wo sie vorhanden waren, wurden sie doch keineswegs immer zu den bona gerufen.

§. 66. Ueber die Zeit, wann die Cognatenklasse aufgekommen sein mag, läßt sich nichts weiter sagen, als daß sie zu Cicero's Zeit entschieden bestand. Wie lange sie damals schon eingeführt war, wird sich wohl nie ausmitteln lassen.

Dies Bestehen zu Cicero's Zeit folgt nun freilich nicht aus den im ersten Bande aus den Verrinen mitgetheilten Edictworten, denn in diesen ist nichts enthalten, als die ordinum successio unter den Civilklassen, aber nichts hindert auch anzunehmen, daß gleich hinter diesen Worten der Cognaten Erwähnung geschehen sei. Cicero spricht nämlich von der ihnen gegebenen b. p. im c. 60 der Rede pro Cluentio [1]).

> Objectum est, C. Vibium Capacem ab hoc A. Cluentio veneno esse sublatum. Opportune adest homo summa fide, et omni virtute praeditus, L. Plaetorius, senator, qui illius Capacis hospes fuit et familiaris; apud hunc ille Romae habitavit, apud

---

1) Daß es zu Cicero's Zeit überhaupt hereditatis possessiones außer der sec. tab. und unde legitimi gab, folgt auch schon aus der §. 64. Note 2. mitgetheilten Stelle, aus der sich auch allenfalls entnehmen läßt, daß damals die nicht auf Civilrecht ruhenden Klassen im Edicte noch nicht genau regulirt waren, sondern bei der Ertheilung in jedem einzelnen Falle dem Prätor ein freieres Ermessen in Berücksichtigung der aequitas Raum ließen, als dies später der Fall war.

hunc aegrotavit, hujus domi est mortuus. At heres est Cluentius? — Intestatum dico mortuum, possessionemque ejus bonorum praetoris edicto huic illius sororis filio, adolescenti pudentissimo et imprimis honesto, equiti Romano, datam Numerio Cluentio, quem videtis.

Um zu beweisen, daß Aulus Cluentius den Capax nicht ermordet haben könne, argumentirt Cicero so: Aulus würde dies doch nur gethan haben, um, wenn ihn Capax zum Erben eingesetzt hätte, bald zur Erbschaft zu gelangen. „Also er ist doch Erbe? Keineswegs! Capax hat vielmehr gar kein Testament gemacht, und seiner Schwester Sohn, Numerius Cluentius, hat **ab intestato** die **b. p.** erhalten.“

Allerdings ist hier von einem Schwestersohn des Capax, (**illius**, wie er schon vorher zweimal bezeichnet wird) und nicht des Aulus Cluentius die Rede [1a]), ein solcher aber kann nur durch die **b. p. unde cognati** zur Erbschaft gelangen, so daß also das Bestehen derselben zu Cicero's Zeit außer Zweifel gesetzt ist.

Nicht gleiche Beweiskraft möchte ich einer anderen Stelle beilegen, welche Fabricius a. a. O. aus derselben Rede **pro Cluentio** anführt:

c. 15. Avitus usque ad illius judicii tempus nullum testamentum unquam fecerat; neque enim legare ejusmodi matri, poterat in animum inducere, neque testamento nomen omnino praetermittere parentis. Id quum Oppianicus sciret (neque enim erat obscurum), intelligebat, Avito mortuo, bona ejus omnia ad matrem esse ventura, quae ab sese postea, aucta pecunia, majore praemio, orbata filio, minore periculo necaretur; itaque his rebus incensus, qua ratione Avitum tollere conatus sit, cognoscite.

Fabricius schließt hier: „Der Anfall der **hereditas** des Avitus an seine Mutter konnte ersichtlich nur durch den Erwerb der **b. p. unde cognati** erfolgen, welche Cicero demnach

---

1a) S. auch Fabricius. b. p. S. 53.

als ein so bekanntes Institut behandelt, daß er es gar nicht für nöthig hält, die Sache noch irgend näher zu erörtern." Er muß hiebei aber selbst schon supponiren, daß Cluentius oder dessen Vater ein emancipirter Sohn gewesen sei, weil ja sonst die Erbschaft an die Agnaten (z. B. jenen Numerius Cluentius) hätte fallen müssen.

Ebensogut aber läßt sich denken, daß die Mutter des Cluentius in manu seines Vaters gewesen, und sie also die consanguinea ihres Sohns war. Dann fiel ihm die Erbschaft nach Civilrecht zu, und darauf scheinen Cicero's Worte eher zu deuten. Jedenfalls ist die Stelle für die b. p. unde cognati ohne entschiedene Beweiskraft.

Es bleibt uns nur noch übrig zu fragen, ob auch hier bei der b. p. unde cognati ebenso die Unterscheidung von bedingenden und vernichtenden Beweisen angenommen werden dürfe, welche wir im ersten Bande sowohl für die sec. tab. als die unde legitimi b. p. gerechtfertigt haben. Mir scheint die Bejahung keinem Bedenken zu unterliegen, wenn gleich die Quellen uns hier auch wieder nicht reichlich fließen, weil dies überhaupt Sache der Prätorischen Cognition war, über die ganz feststehende Sätze und formelle Regeln des Beweisverfahrens gar nicht bestanden. Die Nachweisung, daß der Erblasser als civis Romanus und suae potestatis gestorben sei, wird man hier ebenso verlangt haben, als wir dies schon bei den anderen Klassen annehmen durften. Dagegen wenn Modestin in fr. 7. unde cogn. sagt: is qui aliqua ratione servus factus est, manumissione nulla ratione recipit cognationem, so wird man daraus doch nicht ableiten wollen, daß der Nachsuchende gleich hätte darthun müssen, er habe in seinem Leben keine maxima cap. dim. erlitten; wobei es aber doch nicht weniger unzweifelhaft bleibt, daß wenn das Gegentheil hintendrein sich herausstellte, die b. p. eben so sehr als non data erschien, als der Prätor sie von vorn herein verweigerte, wenn er diesen Umstand schon wußte.

Mir scheint es sich ziemlich einfach zu ergeben, worauf der Prätor bei Ertheilung der b. p. unde cognati, rücksicht-

lich der Persönlichkeit des Nachsuchenden, besonders gesehen haben wird. Er wird, wenn er nichts von dem wußte, der vor ihm erschien, sich einestheils überhaupt das Verwandtschaftsrecht haben nachweisen lassen, und namentlich nach dem Grade der Verwandtschaft gefragt haben, denn über den siebten Grad hinaus ertheilte er keine b. p. [2]). Anderntheils muß er sich auch noch haben begründen lassen, daß man proximus cognatus sei. Dies war, als Haupterforderniß des Edicts, auch der Hauptpunkt bei der Ertheilung im einzelnen Falle. Wollten wir dies nicht annehmen, so müßten wir sagen, alle Cognaten wären zusammen in einer und derselben Frist gerufen worden, und hier hätte es sich durch das Auftreten Aller gezeigt, wer unter ihnen der nächste war. Aber es wird uns entschieden gesagt, daß die b. p. beim Hintereinanderstehen von Mehren dem Folgenden erst deferirt werde, wenn der Vorhergehende weggefallen sei, erst dann beginnt also die Frist für jenen zu laufen. Zu dem Wegfallen des Näherstehenden gehört aber auch das tempore excludi [3]), also die Frist des Einen fängt erst an zu laufen, wenn der ihm Vorgehende seine Frist nicht benutzt hat. Diese gradatim fortschreitende Delation der b. p. [4]), dieses Zurückgewiesenwerden der Späteren so lange Nähere noch etwa agnosciren konnten [5]),

---

2) Fr. 9. pr. unde cogn. — Octavi gradus agnato jure legitimi heredis, etsi non exstiterit heres (d. h. wenn ein Anderer in einer früheren Civilklasse vorhanden ist) possessio defertur; ut proximo autem cognato, quamvis exstiterit heres, non defertur. Diese Stelle ist wieder ein neuer Beweis für das Bd. I. Einleitung S. XV. Gesagte. S. §. 68. Note 2.

3) Fr. 10. unde cogn. — Intestata reliquit sororem Septiciam diverso patre natam et praegnantem matrem ex alio marito. Quaero: si mater hereditatem repudiaverit, dum adhuc praegnans est, posteaque enixa fuerit Semproniam, an etiam Sempronia bonorum Titiae possessionem accipere possit? Respondit: si mater hereditate exclusa esset, eaque, ut proponeretur, postea nata esset, accipere posse.

4) Fr. 1. §. 10. eod. Gradatim autem admittuntur cognati ad bonorum possessionem, ut qui sunt primo gradu omnes simul admittantur. Fr. 9. de b. p.

5) Fr. 1. §. 8. eod. Si quis proximior cognatus nasci speretur,

setzen doch nothwendig voraus, daß das **proximum esse** Bedingung für die Ertheilung der b. p. war.

§. 67. 2) Die b. p. **unde vir et uxor** bedarf nur weniger Worte. Wann sie eingeführt worden, wissen wir nicht, und auch daß sie zu Cicero's Zeit bestand, vermuthen wir nur daraus, daß die so gleichartigen Klassen der b. p. **unde cognati** und **unde vir et uxor** wohl nicht lange hintereinander aufgestellt sein werden [1]). Wo Cognaten auftreten, da sind auch die Affinen nicht weit, und wenn gleich die eigentliche Affinität nie Grund des Erbrechts geworden ist, so hat man doch wenigstens das Gattenverhältniß, welches die Basis der Affinität ist, und auch hie und da selbst Affinität genannt wird, mit Recht für ein genügend nahes Verhältniß gehalten. Als daher einmal die Cognaten zur Emendation der Agnatenklasse ins Erbrecht hineingezogen waren, wird man auch nicht lange gezögert haben, daran die Ehegatten, als letzte Intestatklasse anzuknüpfen.

Auch hier wird der, welcher vor dem Prätor erschien, und ohne daß dieser ihn kannte, b. p. erbat, sich haben legitimiren müssen. Die beiden Hauptpunkte, von welchen die Gültigkeit derselben abhängt, sind: **justum matrimonium** und Bestehen desselben **mortis tempore**. Von dem ersteren Punkte läßt sich mit Sicherheit sagen, daß sie kein bedingender Beweis war:

> **Fr. un. pr. unde vir et uxor. — Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, justum esse matrimonium oportet. Ceterum si injustum fuerit**

---

in ea conditione est, ut dici debeat, obstare eum sequentibus. Sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur.

1) Mit Recht verwirft schon Fabricius b. p. S. 54. das Argument, welches man aus der zuletzt angeführten Stelle Cicero's pro Cluent. zu ziehen versucht sein möchte; wenn man nämlich supponirte, daß Oppianicus, der auf das Vermögen seiner Frau rechnete, dazu durch die b. p. unde vir et ux. zu gelangen dachte. Das ging auch durch in manum conventio, oder durch testamentarische Einsetzung, wozu er seine Frau bewegen konnte.

matrimonium, nequaquam b. p. peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas, vel secundum tabulas peti bon. possessio potest; nihil enim capi propter injustum matrimonium potest.

Der Ausdruck b. p. peti non potest heißt, wie wir gesehen haben, im Allgemeinen nur, daß die ertheilte b. p. als non data erscheint, und umgekehrt der Prätor, wenn er den hindernden Umstand schon kennt, sie gleich verweigert; es liegt aber nicht auch das an und für sich darin, daß der Nachsuchende gleich das Nichtvorhandensein dieses Umstandes beweisen mußte. Wir sehen dies hier entschieden aus der Zusammenstellung mit der sec. tab. b. p., bei welcher, wie wir wissen, nur die Besiegelung, so wie die Civität und das sui juris esse bedingender Beweis war.

Anders läßt sich dagegen schon bei der zweiten Voraussetzung urtheilen. Ulpian scheint sie in einem gewissen Gegensatze im gleich folgenden §. 1. aufzufassen:

Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore.

Sicher freilich ist daraus nicht zu ersehen, daß Ulpian von einem bedingenden Beweise spreche, und wenn wir es auch annehmen wollten, so müßte doch gewiß von den Ausnahmen, die er gleich mit sed daran anknüpft, das Umgekehrte gesagt werden:

Sed si divortium quidem secutum sit, veruntamen jure durat matrimonium, haec successio locum non habet. Hoc autem in hujusmodi speciebus procedit: liberta ab invito patrono divertit, lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohibet alii nubere invito patrono. Item Julia lex de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.

Unmöglich kann der Prätor das Nichtvorhandensein solcher der b. p. entgegenstehender Gründe als allgemein zu liefernden Beweis verlangt haben, dagegen daß er forderte, man müsse sich als hinterbliebenen Ehegatten ausweisen, also das Bestehen der Ehe mortis tempore darthun, scheint mir deß-

halb so natürlich, weil die Legitimation, daß man überhaupt Ehegatte sei, ziemlich von selbst es mit sich bringt, daß hier nur vom mortis tempus geredet werden könne. Der Prätor kann doch, wenn er von der Person des Nachsuchenden gar nichts wußte, ihm die b. p. nur gegeben haben, falls dieser sich etwa durch Zeugen als Ehegatten des Verstorbenen auswies, und da war es denn doch sehr naheliegend, daß gleich das Bestehen der Ehe bis zum Tode des Erblassers zur Sprache kam.

Zweites Kapitel.

Erweiterungen des Notherbenrechts durch die b. p. contra tabulas.

§. 68. Alle Theile der b. p., die wir bis jetzt haben kennen lernen, stehen unter einem und demselben Principe, sie sind ganz dem Begriffe gemäß, welchen die Römischen Juristen überhaupt von der b. p. aufstellen. Diese ist eine fingirte Universalsuccession, von der Justinian ausdrücklich sagt, sie sei **emendandi juris civilis gratia** geschaffen, und auch die wichtigste der neu vom Prätor aufgestellten Klassen (**unde cognati**) wird uns von Gaius unter demselben Gesichtspunkte dargestellt. Gerade weil das ganze Prätorische System, soweit wir jetzt gelangt sind, lediglich Emendationen enthält, so folgt von selbst, daß es mit dem Civilrecht nicht in Widerspruch steht. Es ist ein **jus persequendi retinendique patrimonii**, so lange der vorhandene wahre **heres** dasselbe bestehen lassen will, es ist also an und für sich nur ein interimistisches Recht. Es giebt keine b. p., wodurch dem **heres** sein Recht entzogen würde, m. a. W. die ihrem Begriff nach **cum re**, also definitives Erbrecht, wäre.

Der Ausdruck Emendation dient mithin überhaupt zur Bezeichnung des ganzen eigentlichen Wesens der b. p. Er bezieht sich nicht bloß auf die ganz neu vom Prätor **supplendi jur. civ. gratia** aufgestellten, er umfaßt auch die **confirmandi gratia** gegebenen Klassen. Denn ganz abgesehen da-

von, daß der Prätor Einzelnes darin verbessert, z. B. den unter einer Bedingung Eingesetzten, ferner den postumus alienus institutus [1]) zur sec. tab. b. p. zuläßt, die Hauptemendation der civilrechtlichen Klassen bleibt immer die, daß er unter ihnen eine Succession giebt, so daß z. B. wie Papinian sich ausdrückt (§. 66. Note 2.) ein Agnat, etsi non exstiterit heres [2]), dennoch als legitimus zur b. p. gerufen werden konnte.

Diesem Grundwesen der b. p. stehen nun noch zur Zeit der klassischen Juristen andere Theile unserer Lehre gegenüber; welche nicht gleichmäßig sich darunter vereinigen lassen. Es sind dies drei verschiedene Punkte: die contra tabulas, die unde liberi, und einzelne singulare Fälle der sec. tab. bonorum possessio. Ich muß hier gleich das gemeinsame Wesen dieser drei Lehren genauer charakterisiren; sie werden uns in den vor uns liegenden drei Kapiteln beschäftigen.

Es ist hier nicht mehr von Emendation, sondern von Impugnation oder Correction des Civilrechts die Rede. Wir dürfen dies aber nicht so verstehen, daß unter einer corrigendi jur. civ. causa gegebenen Klasse eine solche gemeint sei, welche immer cum re wäre. Die sec. tab. b. p. aus einem gültigen Testament ist stets cum re, und doch eine confirmatorische Klasse. Und umgekehrt die unde liberi b. p. ist eine correctorische, und kann doch jedenfalls vom scriptus heres zur sine re gemacht werden.

Aus dem vorher angegebenen Begriffe der Prätorischen Emendation läßt sich vielmehr leicht ableiten, was wir unter ihrem Gegensatze, den correctorischen Klassen, zu verstehen haben. Alle Klassen, die wir bisher kennen lernten, können freilich insgesammt cum re sein, aber wenn ein Nicht-heres sie agnoscirt hat, so können sie zur sine re werden. Eben weil das Recht des heres nicht ausgeschlossen ist, dienen sie nur zur Emendation des Civilrechts. Die correctori-

1) Pr. I. de b. p.

2) D. h. wenn ein scriptus oder suus vorhanden ist, dem die hereditas deferirt wird, nicht aber ein näherer Agnat, denn dann erhielt der entferntere nicht als legitimus die b. p.

schen Klassen aber sind solche, die nicht bloß in Ermangelung eines heres, sondern auch gegen gewisse ihnen gegenüberstehende heredes cum re sein sollen. Gerade darin, daß der heres hier seines Erbrechts verlustig erklärt wird, liegt die Correction des Civilrechts. Wer diese heredes seien, gegen welche die b. p. cum re sein soll, richtet sich nach der Stelle, wo in der Prätorischen Klassenfolge, wie wir sie bis jetzt kennen (sec. tab. — sui — agnati — gentiles — cognati — vir et uxor), die neue Klasse eingeschoben wird. Gegen alle hinter ihr Stehenden ist der bon. possessor geschützt, gegen die, welche selbst bloß Prätorisches Recht haben, dadurch, daß keine weitere b. p. mehr ertheilt wird, gegen die, welche auch civiles Recht haben, durch Denegation der her. pet. oder exceptio [3]) wider dieselbe. Dies folgt schon mit Nothwendigkeit aus dem Ausdruck corrigendi jur. civ. gratia. Der Prätor mußte die Klasse, welche die Correction enthielt, derjenigen voranstellen, die impugnirt werden sollte, und aus der Stellung der Klasse im Prätorischen Erbsystem erkennt man also die Gränzen der Correction, indem natürlich die derselben vorstehenden Klassen, wenn in ihnen der heres steht, die b. p. noch immer sine re machen können.

Hieraus folgt also schon die Antwort für die allgemeine Bedeutung der drei neuen Klassen, die wir jetzt zu untersuchen haben.

1) Die contra tabulas wurde bekanntlich vor die sec. tab. b. p., also vor das ganze bisherige Prätorische Erbsystem gestellt, sie ist daher die einzige der neuen Klassen, welche man, sobald sie ertheilt ist, auch absolut cum re nennen kann. Dabei bleibt aber der bisherige Satz vollkommen bestehen, daß auch die sec. tab., so weit ich sie im ersten Bande dargestellt habe, d. h. die (confirmandi juris civilis gratia) ex jure facto testamento gegebene b. p. stets cum re ist; denn wenn sie ertheilt wurde, so war die Frist der c. t. ver-

---

3) Fr. 15. de b. p. c. t. — Wenn die b. p. schon ertheilt war, denegirte der Prätor wohl einfach die her. pet., sonst aber gab er die exceptio: si non (contra tabulas oder unde liberi) b. p. filio dari potest.

säumt, und der prätorische Notherbe konnte ihr so wenig etwas anhaben, als die späteren auch civilen Erbklassen.

2) Die unde liberi b. p. wurde bekanntlich zwischen die secundum tabulas jure factas und die unde legitimi eingeschoben, sie ist also nicht wie die c. t. und secundum tab. absolut cum re; sie ist ja nur correctorisch für die Klassen, vor denen sie eingeschoben wurde, also für die legitimi. Ein scriptus heres dagegen kann ihr den effectus entziehen [4]).

3) Zuletzt wurde noch eine singuläre Klasse der b. p. zu Gunsten gewisser nach Civilrecht ungültiger Testamente gegeben, für welche also die confirmandi j. c. gr. bestehende b. p. sec. tab. an und für sich nicht galt. Wir wollen sie einstweilen die b. p. sec. tab. non jure factas nennen. Sie wurde eingeschoben zwischen der bisher bestehenden b. p. sec. tab. jure factas und der b. p. unde liberi. Sie war also ebenfalls nur correctorisch für die legitimi, wogegen ein jure scriptus heres sie zur sine re machen kann. —

Indessen können wir diesen dritten Fall hier ganz außer Acht lassen, weil die Veränderung des bisherigen Civilrechts, welche darin enthalten ist, nicht durch den Prätor, sondern durch kaiserliche Rescripte, also wiederum durch Civilrecht bewirkt wurde. Es wird davon genauer im vierten Kapitel die Rede sein. Die Römer zählen ihn gar nicht unter die corrigendi juris civilis gratia aufgestellten Klassen, da sie bei diesem Ausdruck natürlicher Weise nur die Fälle im Auge haben, wo der Prätor kraft eigener Machtvollkommenheit dem Civilrecht direct entgegentritt. Hiefür bleiben uns also nur die c. t. und unde liberi b. p. übrig.

Diese beiden Klassen nun aber, stehen sie nicht dem eigentlichen Wesen und Begriff der b. p. geradezu entgegen? Wir müssen dies allerdings von vorn herein anerkennen, gerade so wie dies auch schon die Römer thun, indem sie sie als correctorische Klassen dem übrigen Gebiete der b. p. entgegensetzen [5]). Aber wir haben auch gleich noch genauer an-

---

4) Gai. III. 36.

5) Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß die Eintheilung der b. p. in

zugeben, wie wir uns dies eigentlich zu denken haben. Ein großer Theil des Auffallenden, welches man auf den ersten Blick darin finden möchte, wird damit verschwinden, und wir werden uns dadurch vor exorbitanten Folgerungen bewahren, welche man theilweise hieraus schon gezogen hat.

Man könnte nämlich einestheils auf den Gedanken kommen, daß, wenn wir hier eine Ausnahme von der allgemeinen Natur der b. p. annehmen, ebendeßhalb was wir als Grundwesen der b. p. hingestellt haben, wohl nicht richtig sein mögte. Aber wenn meine bisherigen Beweisführungen nicht aus anderen Gründen Schwächen enthalten, so fürchte ich nicht, daß sie hier einem Hinderniß begegnen. Jedenfalls würde die Gestalt der b. p., wie sie zu Cicero's Zeit angenommen werden muß, dadurch gar nicht afficirt sein, denn damals gab es, wie wir dies noch genauer verfolgen werden, weder c. t. noch unde liberi b. p. Das Wesen der b. p. müßte also erst nachher durch die Aufstellung dieser Klassen umgeworfen worden sein, davon ist aber gar keine Spur, und

die corrigendi, supplendi und confirmandi gr. proposita bei den Römischen Juristen gar nicht die große Rolle gespielt hat, wie in unseren Büchern. Wir schöpfen sie aus den Justinianeischen Institutionen. Paulus in fr. 6. §. 1. de b. p. erwähnt sie gar nicht, während sie ihm hier doch so nahe gelegen hätte. In fr. 7. §. 1. de just. et jure ist nur im Allgemeinen von der Thätigkeit des Prätors die Rede. — Ich will damit nicht behaupten, daß die ganze Sache den Römischen Juristen fremd gewesen wäre, und Justinian im pr. u. §. 1. I. de b. p. nicht wahrscheinlich sich nach klassischen Autoren richte. Ebendeßhalb habe ich auch im Texte mich darauf gestützt, um das Wesen der verschiedenen bonorum possessiones zu charakterisiren, und es ist gar nicht zu leugnen, daß die b. p. c. t. und unde liberi eine Correction des Civilrechts enthalten. Aber um so mehr muß auch hervorgehoben werden, daß die Römischen Juristen alle übrigen Theile der b. p. als Emendation des Civilrechts auffassen, ja noch mehr, daß ihnen auch die c. t. und unde liberi, die freilich formell correctorisch waren, nach ihrem ganzen inneren Wesen lediglich als Emendationen erschienen. Dies wird aus dem Verlauf der Darstellung deutlich genug hervorgehen; und so kann man denn ohne Fehler recht gut sagen, die b. p. sei emendandi jur. civ. gratia nicht bloß eingeführt, sondern auch vom Prätor fortgebildet.

wenn wir diese beiden Klassen nur etwas näher ins Auge fassen, so kann, wie mir scheint, davon gar nicht die Rede sein. Die Umgestaltung hätte ja nur die sein können, daß der Begriff der b. p. als wesentliches Requisit den des definitiven Behaltens der Erbschaft (cum re) jetzt in sich aufnahm. Aber die Bedeutung der übrigen Klassen wurde doch durch jene zwei Klassen an und für sich gar nicht verändert, die b. p. unde liberi ist auch überhaupt gar keine volle Ausnahme von der bisherigen Gestalt der b. p. Nach der Seite der legitimi ist sie es freilich, nach der des scriptus heres ist es noch immer unsicher, ob sie cum oder sine re sein werde. Es bleibt also nur als volle Ausnahme die c. t. b. p. übrig, die allerdings stets cum re war, aber daß dadurch nun auch das übrige System verändert worden sei, dafür giebt es gar keinen Anhaltspunkt. Und so ist es ja denn auch aus den Schriften der klassischen Juristen, die diese Ausnahme vollkommen kennen, unzweideutig zu ersehen, daß die b. p. ihnen nichts ist, als das beneficium der Prätorischen Machtvollkommenheit [6]), welches den Besitz des Erbrechts (juris possessio) verleiht [7]), also eine an und für sich nur interimistische fictitia hereditas ist [8]). Es waren eben nur durch die c. t. und unde lib. b. p. die Fälle der b. p. cum re der Zahl nach um einige vermehrt worden. Und freilich waren die neuen Fälle den alten dadurch ungleichartig, daß jetzt auch gegen den Willen des vorhandenen heres die b. p. cum re sein konnte. Aber daß damit doch noch nicht der Grundbegriff der b. p. umgeworfen war, ist einleuchtend.

Bedeutender scheint folgende aus den correctorischen Klassen gezogene Schlußfolgerung. Da im ganzen übrigen System der b. p. sich nur Emendationen des Civilrechts finden, so scheint schon das anzudeuten, daß überhaupt die Befugniß des Prätors nicht weiter reichte, daß er nicht die Macht hatte, direct dem Civilrecht entgegenzutreten. So könnte man denn versucht sein, diese Klassen sich als gar nicht durch die Hand

6) Fr. 6. §. 1. de b. p. fr. 3. de jurisd.
7) Fr. 3. §. 1. de b. p.
8) Gai. III 32. Ulp. XXVIII. 12.

des Prätors eingeführt zu denken. Danach hat in der That Fabricius ihren Ursprung in kaiserlicher Thätigkeit, Bachofen in der Praxis der Centumvirn zu finden gemeint [9]). Aber muß uns davon nicht schon abbringen, daß unsere Quellen so oft diese Klassen, ganz ebenso wie die übrigen, der Prätorischen Thätigkeit zuschreiben, ohne irgend eine Spur, daß hier etwas vorliege, was aus eigener Autorität kein Prätor hätte einführen dürfen [10])?

Charakterisirt doch auch Papinian das **jus praetorium** ganz allgemein als solches, **quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam** [11]). Warum sollen diese drei Gestaltungen nicht auch im Erbrechte sämmtlich zulässig gewesen sein?

Ich will damit nicht sagen, daß der Prätor jeden beliebigen Punkt des Civilrechts hätte außer Geltung setzen können. Auch Papinian setzt hinzu, wohl mit besonderer Rücksicht auf die Correctionen, daß sie auf **utilitas publica** basirt sein müßten. Jedenfalls würde, was dieser widersprach, nicht **jus tralatitium** geworden sein.

Gerade aber hier bei diesen beiden Klassen der **b. p.** läßt es sich sehr klar nachweisen, daß die **utilitas publica** und eine **naturalis ratio** es ziemlich von selbst mit sich brachte, eine Correction des Civilrechts eintreten zu lassen. Wir können dies wohl nicht schlagender beweisen, als dadurch, daß Gaius da, wo er von der **b. p. unde liberi** spricht, die darin liegende Correction gar nicht erwähnt, sondern sie lediglich als **emendandi juris civilis gratia** gegeben darstellt [12]). Wir haben schon gesehen, daß Gaius den **tertius gradus (unde cognati)** als Emendation der Agnatenklasse

9) S. Bd. I. Einl. S. XXX. XXXIV.

10) Ich brauche hierfür wohl keine einzelne Stellen zu citiren.

11) **Fr. 7. §. 1. de just. et jure.**

12) Man muß nicht etwa glauben, das **emendare** sei gleichbedeutend mit **corrigere** (oder **impugnare**). Es wird (gleichbedeutend mit **supplere**) diesem, so wie dem **adjuvare** (oder **confirmare**) gegenübergesetzt. **§. 1. I. de b. p.**

auffaßt, damit auch die capite deminuti und die ferneren Agnaten gerufen würden. Und ganz ebenso ist ihm der ordo unde liberi eine Emendation der den sui schon zustehenden Klasse [13]).

III. 25. **Sed hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt. §. 26. Nam liberos omnes, qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hereditatem proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.**

Können wir dies aber von der b. p. unde liberi sagen, so wird die folgende Darstellung zeigen, daß es noch viel mehr von der c. t. b. p. gilt, bei der auch Gaius ihre correctorische Natur gar nicht erwähnt. Die Entstehung dieser ist nichts als die Erweiterung eines schon im Civilrecht bestehenden Satzes, dessen eigenthümlich enge Fassung ferner bestehen zu lassen, eine juris iniquitas gewesen wäre, die der Prätor unmöglich dulden konnte. Freilich mußte, indem das Recht der Einen erweitert wurde, dadurch das Recht der Anderen (der scripti heredes) um ebensoviel zurückgedrängt werden, und in dieser Hinsicht erscheint die c. t. als Impugnation des Civilrechts, aber das hindert nicht, sie von der anderen Seite doch nur als Emendation eines anderen civilrechtlichen Satzes aufzufassen, den die publica utilitas so dringend gebot, daß an der Berechtigung des Prätors dazu wohl kein Zweifel obwalten konnte. Dem haben wir nun in einer weitläuftigen Untersuchung tiefer nachzuforschen.

§. 69. Schon oben (Bd. I. S. 142.) hat sich herausgestellt, daß die **contra tabulas bonorum possessio** zu Cicero's Zeit sich noch nicht finden läßt. Es muß jetzt ge-

13) S. auch Bd. I. Einl. S. XV. — Daraus folgt aber nicht, daß die Klasse der liberi und die der sui in eine einzige zusammengeschmolzen wurden, obgleich, wie wir unten sehen werden, wahrscheinlich keine verschiedenen Deliberationsfristen für beide bestanden, und man deßhalb die zweite Frist der sui scheinbar zur Agnatenklasse schlug.

prüft werden, welche positiven Gründe ihrer Entstehung unsere Quellen uns darbieten, und daraus wird denn auch annäherungsweise auf die Zeit ihrer Einführung geschlossen werden können.

Bereits seit geraumer Zeit stehen sich in Bezug auf die Entstehungsursachen dieser Erbklasse zwei Ansichten gegenüber, welche beide auch noch wieder in neuester Zeit ihre Vertheidiger gefunden haben. Die eine, auch von Fabricius [1]) angenommene ist, daß die c. t. eingeführt sei, um den emancipirten Kindern ein fast gleiches Erbrecht, wie den sui nach jus civile zustand, zu ertheilen. Der Prätor habe die Emancipation als nicht geschehen fingirt, und so sämmtlichen Kindern zu einem und demselben Rechtsmittel die Berechtigung ertheilt.

Mir scheint diese Erklärungsweise keineswegs geeignet, die in der c. t. b. p. liegenden Eigenthümlichkeiten gehörig verständlich zu machen. Wollte der Prätor die Emancipirten den civilrechtlichen Notherben gleichstellen, und wollte er dies durch die Fiction der nicht geschehenen Emancipation thun, weßhalb bewirkt denn nicht die c. t. die Eröffnung der reinen Intestaterbfolge, die doch sicher eintrat, wenn ein filius suus präterirt ist? Diese Intestaterbfolge ist aber, wie wir nachher sehen werden, durchaus nicht die Folge der c. t. Man möge nicht einwenden, der Prätor könne kein jure civili gültiges Testament ungültig machen. Aber er kann doch dessen völlige Ungültigkeit fingiren, und also auch fingirte Intestatsuccession einführen. Und zu diesem Resultate (daß es in seiner Macht stand, wird man doch nicht bezweifeln) würde der Prätor auf dem angegebenen Wege nothwendig haben gelangen müssen. Es ist gerade die Eigenthümlichkeit der Fictionen, daß das Vorhandensein eines Umstandes angenommen wird, der zur Anwendung einer Rechtsregel erforderlich ist; mit dieser Annahme

---

1) B. p. S. 81. — S. Savigny Zeitschr. für gesch. R. W. S. 14. — Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen. S. 67. Fein Collation. S. 9. Not. 29. — Diese Ansicht findet sich schon in der weitläuftigsten älteren Monographie über die b. p. von Ricciardi (s. darüber das fünfte Buch). In Rubric. № 190—192.

aber tritt dann die Rechtsregel ganz von selbst ein. Wenn also die Grundlage der c. t. sein soll, daß der **filius emancipatus, rescissa emancipatione**, als **filius suus** gilt, so mußte dann auch die nothwendige Folge sein, daß in Folge seiner Präterition die Intestaterbfolge angenommen wurde. Da wir gar keinen Grund haben, den Römern hier eine Inconsequenz zuzutrauen, so sieht man schon aus den Wirkungen des Instituts, daß die angegebene Voraussetzung desselben nicht die richtige sein kann. Sie ist aber auch außerdem mit der Darstellung der Quellen nicht vereinbar. Ulpian sagt im **fr. 1. pr. de b. p. c. t.:**

> **In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus, sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt.**

Ulpian beginnt hiemit offenbar seinen Commentar über die c. t., und wie sonst immer, wird er auch hier die Edictsworte interpretiren. Wenn er also als das Grundprincip hinstellt: die c. t. b. p. ist für die liberi gegeben [2]), so hat er augenscheinlich diesen Ausdruck liberi aus dem Edicte entnommen, um ihn hier noch weiter zu erklären. Ulpian sagt nun nicht ausdrücklich, daß er unter den liberi bloß die sui versteht, aber die Stelle wird dadurch nur noch schlagender, indem wir so offenbar sehen, daß Ulpian dies als etwas sich ganz von selbst Verstehendes voraussetzt. Er kann nämlich unter den liberi deßhalb nur die Nicht-Emancipirten meinen, weil er darunter auch die adoptivi begreift, und diese ja nur ein Recht auf die c. t. haben, wenn sie bis zum Tode in der Gewalt des Adoptivvaters waren. So spricht denn auch Ulpian in den folgenden 5 §§ immer noch von den sui, und erst im §. 6. geht er zu den Emancipirten über:

> **Et sui juris factos liberos inducit in bonorum possessionem Praetor.**

Es ist doch unmöglich, daß, wenn so die Emancipirten als zur c. t. b. p. Hinzugezogene, als in dieselbe Eingeführte, dargestellt werden, man bei ihnen die Entstehung des NB

---

2) So sagt er auch nachher fr. 1. §. 6. eod. ut enim admitti possit, ex liberis esse eum oportet.

Institutes suchen darf. Man kann sich ihr Recht nur durch erweiternde Interpretation des über die sui gegebenen Edictes, oder durch Aufstellung eines ganz neuen an die ursprüngliche c. t. b. p. sich anschließenden Edictes entstanden denken. Letzteres ist, wie der Verlauf zeigen wird, das Wahrscheinlichere.

Ganz ähnlich ist auch die Darstellung Ulpians in fr. 1. pr. de collatione:

> Hic titulus manifestam habet aequitatem; quum enim Praetor ad bonorum possessionem c. t. emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum etc. [3]).

Deßhalb ist denn auch die angegebene Ansicht bereits früher mehrfach [4]) verworfen worden, und in neuerer Zeit hat sich mit Recht Francke, schon mit Berufung auf fr. 1. de c. t. b. p., gegen dieselbe erklärt. Er setzt eine andere an die Stelle, die ich mit seinen eigenen Worten wiedergeben muß: „Die b. p. c. t. sei ursprünglich für den präterirten suus heres eingeführt, um ihm das Int. quor. bon. zu geben, damit der eingesetzte Erbe, wenn er auch Anspruch machte auf die Erbschaft, doch nicht den Besitz der Erbschaft durch die b. p. sec. tab. erlangen könne [5]). — Weit entfernt wa-

3) Die Stelle der Collatio XVI. 7. §. 2. Suis praetor solet emancipatos liberos . . . conjungere, data bonorum possessione geht an und für sich auf die Intestatsuccession, aber wenn man bedenkt, daß der ordo unde liberi der unmittelbare Ausfluß der c. t. war, so gewährt sie auch für die letztere einen Rückschluß.

4) Es ist hier besonders Maranus zu erwähnen, von dem nachher noch mehr die Rede sein wird. Was im Uebrigen die meisten Schriftsteller früherer Jahrhunderte von der c. t. gesagt haben, bleibt, da weder die Benutzung, noch Widerlegung ihrer Ansichten für die hier anzustellenden Untersuchungen förderlich sein würde, dem fünften Buche vorbehalten.

5) Francke Recht der Notherben S. 121. vergl. auch S. 104. — Mühlenbruch Comm. XXXVII. S. 4. Not. 2. schreibt diese Franckesche Ansicht auch v. Löhr zu, aber mit Unrecht. S. dessen Magazin III. S. 257. unten. Förster de c. t. b. p. p. 145. spricht nicht von der Entstehung, sondern sagt nur, was schon unzählige mal gesagt ist, daß sie nicht bloß den emancipati zustehe.

ren die Römer; die Fiction der rescindirten **cap. dim.** zum höchsten Grundsatz dieser Lehre zu erheben, wie es wohl in neuerer Zeit versucht ist, ohne daß man aber diesen Grundsatz streng durchführen konnte, da gar manche Descendenten hieher gehören, auf welche jene Fiction durchaus nicht paßt. Vielmehr sind nach dem Rechte der Pandekten alle Descendenten männlicher Ascendenten zu dieser **b. p.** berufen, welche in ihrer väterlichen Gewalt nicht stehen, doch aber darin stehen könnten, vorausgesetzt, daß sie die nächsten in ihrer **stirps** sind, und nicht selbst durch Adoption in eine fremde Familie übergingen" [6]). —

Francke führt danach fünf Fälle an, worin, außer dem der Emancipation, auch die aus der Gewalt Getretenen **c. t. b. p.** erhalten, und dies stimmt ganz mit der Darstellung der Quellen überein, indem Ulpian gleich in **fr. 1. §. 6. de c. t. b. p.** sagt: **Et sui juris factos liberos inducit Praetor in bonorum possessionem. Sive igitur emancipati sunt, sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad b. p.**

Jedenfalls also ist es nicht richtig, der **c. t. b. p.** bloß den Schutz der Emancipirten als Entstehungsursache zum Grunde zu legen, wir müßten auf alle Fälle den Kreis der **sui juris facti liberi** substituiren. Aber auch in dieser Ausdehnung ist für die Einführung der **c. t.** nichts gewonnen, es stehen die vorher schon angeführten Gründe nicht minder entgegen, und deßhalb nimmt auch gerade Francke an, daß diese Klasse für den **suus heres** geschaffen sei, mithin das Stehen in väterlicher Gewalt das Grundprincip und Haupterforderniß der **c. t.** bilde. Ursprünglich sei dies ausnahmslos anerkannt, dann aber durch Ausdehnungen unseres Institutes für gewisse Fälle fingirt worden.

Nach dem bisher Gesagten bleibt es aber noch unklar, wen Francke unter dem an und für sich sehr viel umfassenden Worte **suus heres** versteht. Wir können indeß nicht zweifeln, daß er damit lediglich den **filius suus** meint, indem er auch an anderen Stellen jenen Ausdruck in diesem Sinne nimmt. So

6) Notherbenrecht. S. 123. vergl. S. 128.

heißt es vom suus heres, welcher entweder zu instituiren oder förmlich zu enterben ist (S. 58.), er mache, falls er präterirt sei, das Testament ungültig (S. 20.), dieser Satz bestand aber bekanntlich vor Justinians l. 4. C. de lib. praeteritis nur für den filius. So beschränkt denn auch Francke an einer andern Stelle (S. 74.) seine Ansicht ausdrücklich auf den Sohn: „Die Präterition hat die Nichtigkeit des Testaments zur Folge, dasselbe ist ungültig errichtet. Es muß also beim Tode des Erblassers die gesetzliche Erbfolge eröffnet werden, also ist der Sohn als suus heres beim Tode des Vaters ipso jure dessen Erbe geworden. Und sein Rechtsmittel, wenn ein Dritter im Besitz der Erbschaft sich befindet, kann nur die her. pet. ab intestato sein. Jedoch konnte er auch gegen den Besitzer der Erbschaft das Int. quor. bon. erheben, vorausgesetzt, daß er die c. t. b. p. agnoscirt hatte, welche für ihn zu diesem Zwecke eingeführt war.“ —

Fabricius bietet die Merkwürdigkeit dar, daß er (b. p. S. 81.) bestimmt sagt, die c. t. b. p. sei eingeführt, um den emancipirten Kindern ein fast gleiches Erbrecht, wie den sui nach jus civile zustand, zu ertheilen. — Vor der Gleichstellung der emancipati mit den sui aber, vermuthet er, habe der Prätor schon für den präterirten filius suus und postumus eine c. t. eingeführt, die freilich von der späteren aus dem Pandektenrecht uns bekannten „himmelweit“ verschieden gewesen sei. Dadurch wäre es bewirkt worden, daß dem scriptus heres die sec. tab. b. p. verweigert worden sei. Im Grunde ist dies also, nur mit etwas anderen Worten, ganz die Franckesche Ansicht. Und so kommt es denn auch, daß Mühlenbruch, nur mit Berufung auf Fabricius, ebenfalls durchaus Francke's Ansicht ausspricht [7]). —

---

7) Pandekten §. 620. (3. Aufl.). — „Sonst erhielt sie der gesetzliche Erbe (legitimus), und dies war namentlich der Fall, wenn ein filius suus in einem auch äußerlich fehlerfreien Testament präterirt war, woraus denn allmählig die c. t. b. p. erwuchs“. Einige Jahre früher hatte Mühlenbruch die Franckesche Ansicht noch bezweifelt. Commentar XXXVII. S. 4. Not. 2. Etwas Aehnliches, freilich um etwas ganz Anderes daraus zu rechtfertigen, sagt auch Hugo R. G. (11. Aufl.) S. 609. Z. 18—20.

Es bedurfte dieser etwas genaueren Darstellung, um den Stand der Streitfrage, wie er heutzutage vorliegt, klar vor Augen zu führen. Aus der folgenden Entwicklung wird hervorgehen, daß ich weder der einen, noch der anderen der sich gegenüber stehenden Ansichten beitreten kann. Mir scheint vielmehr noch in ganz anderer Weise die Entstehung unseres Institutes gerechtfertigt werden zu müssen. Dazu bedarf es zuerst einer kurzen Zusammenstellung des älteren civilen Notherbenrechts.

§. 70. Die civilen Regeln des älteren Notherbenrechts sind im Allgemeinen ganz unbestritten. Das Notherbenrecht ist ein rein formelles, die Alternative der Institution oder Exheredation vorschreibend. Die Personen, welche diese Berücksichtigung verlangen können, sind lediglich die sui heredes, d. h. alle die, welche, in unmittelbarer väterlicher Gewalt des Erblassers stehend, demselben (mögen sie ex testamento oder ab intestato gerufen werden) ipso jure und als gezwungene Erben succediren [1]). — Diese sui sind aber in Beziehung auf ihr Notherbenrecht in drei Klassen zu theilen:

1. Der filius in potestate, der schon lebte als das Testament errichtet wurde, vernichtete das Testament, in dem er weder instituirt noch nominatim exheredirt war, völlig, so daß es als ab initio gar nicht errichtet galt, und Intestaterbfolge eintrat [2]).

2. Alle übrigen in (unmittelbarer) potestas stehenden Descendenten, welche bei der Testamentserrichtung schon lebten, haben ein weit schwächeres Recht. Es gehören hieher die filia, nepos und neptis von einem vorverstorbenen Sohn, pronepos, proneptis etc., dann die uxor und nurus in manu. Sie alle können sogar durch eine exheredatio inter ceteros gültig von der ganzen Erbschaft ausgeschlossen werden, und haben im Fall der Präterition nur ein Accrescenzrecht gegen die

1) S. Bd. I. §. 1.

2) Ulpian. XXII. 16. Gai. II. 123. Es bestand hiebei freilich eine Controverse unter den Römischen Juristen, die uns hier aber nicht interessirt.

scripti heredes, und zwar wenn dies sui sind, auf einen Viriltheil, wenn extranei, auf die Hälfte. Sie gelten in Beziehung auf das, was sie durch ihr Notherbenrecht erhalten, ganz als (fingirte) scripti heredes, so wie sie auch namentlich zu ihrem Theil die Legate bezahlen müssen [3]), das Testament bleibt, hier also vollkommen gültig. — Die Römer gebrauchen für diese Klasse den, wie es scheint, technischen Ausdruck: ceterae liberorum personae [4]), wir wollen sie in der Folge kurz die Accrescenzerben nennen.

3. Die postumi sui (d. h. Alle, welche, wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung schon da gewesen wären, auch in der unmittelbaren potestas des Erblassers gestanden haben würden [5])) machen, sobald sie erscheinen, das errichtete Testament durchaus nichtig [6]). Dies galt anfangs ganz allgemein, so daß das Testament nicht minder ungültig wurde, wenn auch der postumus darin instituirt oder exheredirt war. Man sah ihn als persona incerta an, welche überhaupt keiner testamentarischen Berücksichtigung fähig sei. Davon ging man zuerst bei dem Falle ab, wo das Kind zur Zeit der Testamentserrichtung schon in utero ist, aber erst nach dem Tode des Testators geboren wird, und vom Ende der Republik an wurde dies allmählig auf alle andren Arten jedenfalls der ehelich erzeugten postumi ausgedehnt [7]).

Nachdem diese Möglichkeit der Institution feststand, hätte eigentlich auch bey ihnen die Regel, welche bei den schon lebenden sui heredes für die Begründung ihres Notherbenrechts galt, eintreten müssen, d. h. der filius postumus hätte müssen nominatim, die ceterae postumorum personae aber inter ceteros exheredirt werden dürfen. Dies wurde indessen

---

3) L. 4. C. de lib. praeter.

4) Gai. II. 124. Ulp. XXII. 17. 20.

5) Ulp. XXII. 15. Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum numero sunt. Ulpian spricht hier nur von den wahren Postumen, aber die qui postumorum loco sunt, stehen ihnen rechtlich ganz gleich. Ulp. XXIII. 3.

6) Ulp. XXII. 18.

7) Im folgenden Kapitel wird hievon noch weiter die Rede sein.

dahin verändert, daß die Vorschrift des **nominatim** Exheredirens auf alle **postumi** männlichen Geschlechts erweitert ward, während die **exheredatio inter ceteros** bei den **postumae** bestehen blieb [8]).

Jedes Testament, worin sich nun ein **postumus** weder instituirt, noch in der angegebenen Weise exheredirt fand, war null und nichtig (**ruptum**) [9]).

Schon aus dieser Uebersicht ersieht man, daß der **filius jam natus** und die **postumi** in gewisser Weise zusammengehören, sie eröffnen, wenn sie präterirt sind, die Intestaterbfolge. Dagegen stehen die Accrescenzerben zu ihnen in einem höchst merkwürdigen Gegensatze. Die **postumi** umfassen ja außer dem **filius postumus** auch alle übrigen Grade der **sui**, **filia**, **nepotes**, **etc.** also ganz dieselben Personen, als die Accrescenzerben. Es bestand mithin die Eigenthümlichkeit, daß Töchter, Enkel rc., wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung, wobei sie präterirt sind, schon leben, der Gültigkeit des Testaments nicht im Wege stehen, wenn sie dagegen erst nachher, und sei es auch nur kurze Zeit, später geboren werden, es über den Haufen werfen. Man sollte eher noch einen Vorzug der Lebenden vor den Nachgeborenen vermuthen. Aber es würde auch dies, es muß überhaupt alle Ungleichheit im Rechte der Kinder als eine **juris iniquitas** erscheinen, und wie soll es vernünftigerweise bei ihnen auf den Unterschied ankommen, ob sie etwa einen Tag vor oder nach der Testamentserrichtung geboren sind?

Daß den Römern dieß als eine höchst unpassende Rechtsgestaltung auffallen mußte, versteht sich wohl ziemlich von selbst. Wie man zu derselben gelangt war, ist freilich sehr leicht zu erklären, aber dabei blieb es doch nicht minder ein Resultat, welches der Veränderung dringend bedurfte. Man hatte nämlich früher einen sehr großen Unterschied gemacht zwischen dem **filius** und den übrigen **sui**. Jener mußte drei-

---

8) Ulp. XXII. 21. 22.
9) Ulp. XXIII. 2. 3.

mal, diese brauchten nur einmal verkauft zu werden, um dann durch Manumission zur Selbständigkeit zu gelangen. Dieser Unterschied war für die älteren Zeiten des Römischen Rechtes sehr natürlich, und als nun das Notherbenrecht der sui entstand (Bd. I. S. 7. Not. 9), wirkte er sehr natürlich auf die Gestaltung desselben ein, dem filius ein stärkeres Recht als den ceterae liberorum personae gewährend. Aber der ganze Unterschied war nur bei sui jam nati denkbar, denn die postumi sui nahm man anfangs als incertae personae, die sich insgesammt weder instituiren noch exherediren ließen. Es konnten also auch keine verschiedenen Präteritionsregeln für den filius und die Uebrigen bestehen, und ferner konnte man ihr Notherbenrecht nicht auf eine von Seiten des Erblassers vernachlässigte Pflicht, sondern lediglich auf ihre Suität stützen. Hierin aber standen sich alle diese postumi vollkommen gleich, und so mußte man denn nothwendig dazu kommen, sämmtlichen postumi ein ganz gleiches Ruptionsrecht gegen das Testament zu gewähren. Der weitere Schritt der Rechtsbildung war nun aber, daß man die postumi nicht mehr als incertae personae auffaßte, so daß von nun an ihr Notherbenrecht ganz wie das der sui jam nati als eine Folge nicht gehöriger Berücksichtigung im Testamente erschien.

Jetzt wäre allerdings, wie ich vorher schon bemerkte, auch bei den postumi der Unterschied zwischen filius und ceteri sowohl in Bezug auf die Präteritionsregeln als die Wirkungen der Präterition denkbar gewesen. Aber daß man ihn dennoch nicht eintreten ließ, erklärt sich wiederum von selbst. Rücksichtlich der Wirkungen war es nicht möglich, denn das bisherige Recht ließ doch ohne allen Unterschied sämmtliche postumi das Testament rumpiren. Wie hätte man aber darauf kommen können, ihnen dieß Recht wieder zu nehmen, und seitdem man ihre Institution und Exheredation für möglich erklärt hatte, nur noch dem filius das Recht der Vernichtung des Testaments zu lassen, den Uebrigen aber im Fall der Präterition nur das Accrescenzrecht zuzugestehen? Kein Römer hat wohl je daran gedacht, daß ein weiterer Schritt, als die Einschränkung ihres Ruptionsrechtes, möglich sei.

Ueberhaupt war die Unterscheidung von filius und ceteri damals (d. h. im ersten Anfange der Kaiserzeit) nicht mehr zeitgemäß, und so erklärt es sich, daß man auch nicht einmal bei den Präteritionsregeln (d. h. der Frage wie ein postumus zu instituiren oder exherediren sei) die bei den sui jam nati geltende Unterscheidung für die postumi zum Grunde legte. Man fand es in der damaligen Zeit passender, allgemein das männliche Geschlecht dem weiblichen entgegenzusetzen, und so ist die schon erwähnte Regel entstanden, daß **postumi virilis sexus nominatim**, die **feminini sexus inter ceteros** zu exherediren seien. —

Die bis hieher geschilderte Rechtsentwicklung unterliegt keinem Zweifel, und die einzelnen darin enthaltenen Momente haben jeder für sich ihren ganz guten Grund, aber es ist doch nicht zu läugnen, daß das Gesammtresultat ein noch durchaus unnatürliches ist, bei dem man unmöglich stehen bleiben konnte. Die postumi waren den sui jam nati insoweit gleichgestellt, daß man jetzt überhaupt alle sui instituiren oder exherediren, und dadurch sein Testament vor aller Anfechtung bewahren konnte. Aber um so unerklärlicher und unpassender mußte es erscheinen, daß nun doch die Accrescenzerben einen so sonderbaren Gegensatz zu den übrigen sui bildeten, da dies doch in der damaligen Zeit gar keinen praktischen Grund mehr hatte. In der Umgestaltung des Rechts der postumi liegt der Zweck, den man vor Augen hatte, sehr klar zu Tage. Man beabsichtigte die Ausgleichung des Notherbenrechts sämmtlicher sui, aber dies Ziel war hiermit noch nicht erreicht, man hatte erst die Hälfte des Wegs zurückgelegt. Man hatte zuerst die postumi im Allgemeinen den sui jam nati gleichgestellt, jetzt mußte man nun aber auch noch das Recht der Accrescenzerben mit dem des filius jam natus und der postumi sui ausgleichen. Darin aber liegt zweierlei:

1. Der schon bei den postumi angenommene spätere Satz, daß die sui virilis sexus und nicht bloß der filius nominatim zu exherediren seien, mußte auch für die sui jam nati anerkannt werden; also da dies beim filius schon von

jeher galt, so war es nur noch für die Accrescenzerben männlichen Geschlechts neu festzustellen.

2. Da der filius jam natus und die postumi im Fall der Präterition die Intestaterbfolge eröffneten, also die ganze materielle Erbschaft erhielten, so mußte ein gleiches Recht auch den Accrescenzerben verliehen werden.

§. 71. In der Aufstellung dieser beiden Sätze finde ich den Ursprung der c. t. b. p. Sie erscheint mir danach als die Fortsetzung einer Rechtsentwicklung, welche andere Organe des Rechtes (Juristen und Gesetze, namentlich die lex Junia Velleja) begonnen hatten. Der Prätor vollendete hier etwas, dessen Ziel man schon gleich aus dem Beginn der ganzen Rechtsveränderung erkennen konnte. Er stellte das fest, worauf die Zeit nothwendig hindrängte, dessen nothwendige Erreichung keinem kundigen Auge verborgen bleiben konnte. Daß der Prätor die Befugniß hatte, diesen letzten sich ziemlich von selbst darbietenden Schritt zu thun, darüber brauche ich keine Worte weiter zu verlieren. Es kommt lediglich darauf an, ob er das hier Angegebene wirklich gethan hat, und ob daraus das Grundwesen des ganzen dann noch weiter ausgedehnten Institutes sich in befriedigender Weise erklären läßt; es kommt namentlich darauf an zu zeigen, daß die c. t. b. p. nur ein Institut zum Besten der Accrescenzerben ist, zu dem dann nur später die Emancipirten hinzugezogen wurden, während sie für den filius jam natus und die postumi gar nicht besteht. Denn es sollten ja durch die c. t., wie wir annehmen, nur die Accrescenzerben das erlangen, was die übrigen sui schon nach Civilrecht hatten. — Diese Beweise aber, welche mir obliegen, glaube ich liefern zu können.

Daß durch die c. t. b. p. die Intestatsuccession eröffnet werde, haben nur Schriftsteller, die so ziemlich bei der ganzen Lehre im Dunkeln gingen, behaupten können, und so oft auch dieser Irrthum sich wiederholt hat, so ist er doch in neueren Zeiten immer mehr verschwunden [1]). Es erscheint vielmehr, wie nachher noch genauer gezeigt werden wird, bei

1) Francke, Notherbenrecht. S. 136.

der c. t. das Ganze des Testaments als vollkommen feststehend und gültig, so daß nur gewisse darin enthaltene Verfügungen (und allerdings die wichtigsten), insbesondere die Erbeseinsetzung, gleichsam herausgehoben werden, damit der vom Erblasser Gerufene dem vernachlässigten Notherben Platz mache. In diesem Sinn nennt Justinian die c. t. eine b. p. ex testamento [2]), d. h. wobei das Testament fortwährend als ein gültiges angesehen wird, und die Veranlassung darbietet, daß ein anderer Universalsuccessor an die Stelle des eigentlichen scriptus heres tritt [3]).

Diese allgemeinen Sätze über die Wirkungen unseres Institutes vorerst vorausgesetzt, haben wir nun damit die Fälle zusammenzuhalten, wo nach Civilrecht das Testament, wegen des darin verletzten Notherbenrechtes gewisser Personen, als vollkommen vernichtet erschien, also die Intestaterbfolge eröffnet wurde. Es fand dies, wie wir schon wissen, bei dem filius in potestate und sämmtlichen postumi sui Statt. Wir müssen zuerst den negativen Theil unserer Beweisführung absolviren, und zeigen, daß die c. t. b. p. für diese Personen nie wahrhaft bestanden hat, also noch viel weniger ihr ganzer Ursprung hier gefunden werden darf. Erst dann wird der positive Beweis folgen können, daß die c. t. in der That für die Accrescenzerben eingeführt, und nachher auf Emancipirte ausgedehnt worden ist.

Wir werden als das Resultat jenes negativen Theils unserer Argumentation den Satz gewinnen, daß die dem präterirten fil. suus und postumus gegebene b. p. allerdings den Namen der c. t. b. p. trägt, aber von der wahren c. t. völlig verschieden ist. Wir können sie deßhalb wohl nicht unpassend die nominelle c. t. b. p. nennen. Es ist zu prüfen, wie die Römer zu dieser Terminologie gekommen sind,

2) §. 3. I. de b. p.

3) Unter der Voraussetzung, daß die c. t. für die Accrescenzerben eingeführt wurde, erklärt sich diese Gestaltung der c. t. sehr natürlich, da sie ein freilich stärkeres, aber doch dem civilen Accrescenzerbrecht ganz analoges Recht gewährt. Auch das Accrescenzerbrecht war ex testamento.

und, da sie doch keine Spielerei mit Worten getrieben haben werden, welche praktische Bedeutung derselben beizulegen sei.

I. Die nominelle contra tabulas b. p.

§. 72. Ich muß mit einer Widerlegung der vielen Ansichten beginnen, welche bisher über die Bedeutung der dem filius und den postumi zustehenden b. p. aufgestellt worden sind. Weil es in den Quellen allgemein heißt, die c. t. p. b. sei den liberis praeteritis gegeben, so glaubten die Bearbeiter des Römischen Rechtes nicht daran zweifeln zu dürfen, daß darunter auch die begriffen seien, welche schon nach Civilrecht das Testament im Fall der Präterition nichtig machen. Dieser Satz findet sich fast bei allen Schriftstellern, die deßhalb einzeln anzuführen ganz unnöthig sein würde. Den Meisten mußte er auch sehr natürlich erscheinen, da in früherer Zeit die Ansicht, daß durch die c. t. die Intestatsuccession eröffnet wurde, die vorherrschende war. Civil- und Prätorisches Recht wären also hiernach übereinstimmend. — Andere aber sahen ein, daß die c. t. b. p. keine Intestatsuccession ist, daß das Testament im Allgemeinen dabei als ein gültiges anerkannt wird, welches in einzelnen Theilen auch neben der c. t. b. p. vollkommene Wirksamkeit behält.

Sobald man dieses annahm, konnte es unmöglich einem auch nur schwachen Auge verborgen bleiben, daß hier eigentlich ein völliger Widerspruch vorliege. Der filius und die postumi vernichten das Testament, bei der c. t. b. p. wird es dagegen als gültig anerkannt. Wie sollen wir es nun erklären, daß jenen Beiden wegen ihrer Präterition die b. p. zustehe, durch welche das Resultat herauskäme, daß das Testament zu gleicher Zeit als gültig und ungültig erschiene?

Es sind sehr verschiedene Ansichten zur Erklärung dieser merkwürdigen Rechtsgestaltung vorgebracht worden, aber ich kann mich nicht überzeugen, daß bisher eine Lösung des Widerspruches gelungen ist.

1. Am wenigsten Widerlegung bedarf die Ansicht, daß freilich die sui das Testament für nullum erklären könnten: »pietas tamen et modestia filii suadet, ut quam mollis-

sime paternum rescindatur judicium. Humanius parentum judicia per b. p. quam per jus dicendi nullum expugnantur [1]).« Wenn die b. p. das Frühere, das Civilrecht das Spätere wäre, so ließe es sich allenfalls denken, daß man trotz Einführung des stärkeren Rechtes das schwächere zu beliebigem Gebrauch noch hätte bestehen lassen.

2. Sehr viel eher könnte man meinen, daß der Prätor die strenge Wirkung des Civilrechts mißbilligt und eben mit Aufhebung desselben sein milderes Rechtsmittel an die Stelle gesetzt hätte. In dieser Weise wäre also die c. t. b. p. noch in anderer Hinsicht corrigendi juris civilis causa eingeführt, als wir dies vorher schon anerkannt haben. In der That findet sich diese Ansicht schon in der Glosse [2]). Maranus [3]) führt sie noch genauer aus, dessen Argumentation hier in der Kürze mitgetheilt werden muß:

Er geht davon aus, daß die c. t. nicht für die Emancipirten eingeführt sein könne. Suis igitur tantum aut iis qui suorum loco sunt, haec b. p. competit, eoque etiam pertinet, quod quaeritur, utrum is qui eam petit, in potestate et familia fuerit (fr. 6. §. ult. fr. 17. et ult. de c. t. b. p.). Neque nos movere debet, quod objectum est, testamentum in quo suus praeteritus sit, ipso jure non valere, atque ideo per b. p. c. t. non posse rescindi testamentum, quod ex se jam nullum est. Nam ut optime respondet Glossa, licet sit rescissum jure civili testamentum, aequitate tamen Praetoria est aliquid, unde infirmatur eo jure, quo subsistere fingitur. Qua responsione nihil aptius dici potest.

---

1) Worte von Wissenbach Exerc. ad Pand. ad tit. de b. p. s. auch z. B. Hahn ad Wesenbec. ad tit. de c. t. b. p. Schacher Coll. Pract. ad tit. de c. t. b. p.

2) Glossa penult. ad l. ult. C. de b. p. c. t.

3) Ad tit. de b. p. c. t. (Opera omnia ed. Trotz 1741. p. 363 sqq.). — Außerdem ist von den Neueren rücksichtlich der postumi Bluntschli hieher zu rechnen. Er sagt a. a. O. S. 72.: „Der Prätor erkannte den civilen Grundsatz: agnatione postumi testamentum rumpitur nicht an in seinem Systeme“. Rücksichtlich der filii dagegen gehört er zu einer anderen Klasse von Ansichten S. 66.

Es läßt sich nicht leugnen, daß dies an und für sich eine passende und natürliche Antwort ist. Es ließe sich recht wohl denken, daß der Prätor etwas civilrechtlich Ungültiges für gültig angenommen hätte, also wirklich dem Civilrecht direct entgegengetreten wäre. Aber mit den Beweisen, daß dies nun wirklich hier geschehen sei, sieht es doch schlimm aus. Maranus meint: daß der Prätor bisweilen civilrechtlich ungültige Testamente aufrecht erhalten habe, sehe man aus Ulp. XXIII. 6., und daß dies auch in unserem Falle eingetreten sei, folge aus fr. 17. de inj. rupto test. — Daß aber aus dieser Stelle nichts zu entnehmen sei, wird sich im §. 95. zeigen. Maranus hat auch überhaupt bei den Worten: aequitate Praetoria tamen est aliquid gar nicht die Meinung, daß wirklich durch das Prätorische Recht das civile direct aufgehoben worden sei, indem die her. pot. dem Präterirten gegen den sec. tab. b. possessor denegirt würde[4]). Indeß sei doch auf indirecte Weise der praeteritus durch gedrohte Nachtheile bewogen worden, die c. t. zu agnosciren, und auf diese Weise das Testament selbst als gültig anzuerkennen. Dem filius in potestate sei nämlich, sobald er jure civili die Erbschaft antrete, sogleich, auch nach vor Ablauf der Frist, die b. p. denegirt, und dem scriptus heres alsbald b. p. sec. tab. gegeben worden, damit dieser molestiam creare praeterito, eumque lite et sumtibus vexare possit.

Diese Beweisführung ist nun freilich sehr schwach, und ich würde sie, da sie einer Widerlegung nicht bedarf, ganz übergangen haben, wenn sie nicht zeigte, zu welchen Gründen man seine Zuflucht nehmen muß, um eine Ansicht zu stützen, die doch auf den ersten Blick eine recht dankbare und natürliche zu sein scheint.

3. In neuerer Zeit hat man deßhalb, freilich mit sehr verschiedenen Nüancirungen, noch wieder einen anderen Erklärungsweg eingeschlagen. Der Prätor habe nicht durch Drohung von Nachtheilen das Civilrecht eigentlich aufheben wol-

---

4) Diese Ansicht ist, so viel ich weiß, nirgends aufgestellt worden, und würde auch unmöglich bewiesen werden können.

len, wohl aber durch Anbietung von Vortheilen den praeteritus bewogen, die c. t. zu agnosciren. Diesem also habe die Wahl zugestanden, entweder nach Civilrecht das Testament zu vernichten, dann aber gewisser Prätorischer Vortheile zu entbehren, oder diese letzteren ergreifend sein Civilrecht aufzugeben, und durch Agnition der b. p. das Testament im Allgemeinen anzuerkennen. Als solche Vortheile der c. t. sind aber sehr verschiedene Punkte angegeben worden.

Hugo [5]) stellt zuerst unter den Neueren dies Wahlrecht des filius in potestate auf. Dieser habe im Fall der Präterition mit seinem emancipirten und zwar exheredirten Bruder die Erbschaft nicht zu theilen brauchen, falls er die c. t. agnoscirte; denn diese läßt, wie wir nachher noch sehen werden, im Allgemeinen allerdings die Exheredationen bestehen. Wenn er sich dagegen mit seinem Civilrecht begnügte, so konnte er die Concurrenz des emancipatus exheredatus nach den Regeln der b. p. unde liberi nicht hindern.

Förster [6]) erkennt ebenfalls das Wahlrecht an. Es habe freilich dem fil. suus freigestanden, nach Civilrecht ab intestato zu succediren. Aber durch die c. t. seien ihm so bedeutende Vortheile gewährt (so z. B. habe er nur dadurch den emancipirten Bruder zur Collation zwingen können) [7]), daß es wohl meist nicht klug gewesen wäre, dieselbe zu versäumen. Bisweilen würde indeß diese c. t. als unde liberi angesehen [8]), so daß es keinem Bedenken unterliege, daß wenn der filius suus die c. t. omittire, und entweder die unde liberi selbst erbitte, oder bloß her. aditio vornehme, die Intestaterbfolge eröffnet werde, zu welcher dann auch Andere, Emancipirte und Exheredirte, mittelst der b. p. unde liberi gelangen könnten.

5) In seiner Doctordissertation de bonorum possessionibus. Halle 1788. §. 15.

6) De b. p. liber. praeter. contra tabulas par. diss. (Breslau 1823.) p. 151. 389. 400.

7) Andere Vortheile, welche die c. t. sonst noch enthalten habe, werden nicht angegeben.

8) Diesen wichtigen Satz führt übrigens Förster nicht weiter aus.

Es läßt sich nicht leugnen, daß dies an und für sich eine passende und natürliche Antwort ist. Es ließe sich recht wohl denken, daß der Prätor etwas civilrechtlich Ungültiges für gültig angenommen hätte, also wirklich dem Civilrecht direct entgegengetreten wäre. Aber mit den Beweisen, daß dies nun wirklich hier geschehen sei, sieht es doch schlimm aus. Maranus meint: daß der Prätor bisweilen civilrechtlich ungültige Testamente aufrecht erhalten habe, sehe man aus Ulp. XXIII. 6., und daß dies auch in unserem Falle eingetreten sei, folge aus fr. 17. de inj. rupto test. — Daß aber aus dieser Stelle nichts zu entnehmen sei, wird sich im §. 95. zeigen. Maranus hat auch überhaupt bei den Worten: aequitate Praetoria tamen est aliquid gar nicht die Meinung, daß wirklich durch das Prätorische Recht das civile direct aufgehoben worden sei, indem die her. pet. dem Präterirten gegen den sec. tab. b. possessor denegirt würde[4]). Indeß sei doch auf indirecte Weise der praeteritus durch gedrohte Nachtheile bewogen worden, die c. t. zu agnosciren, und auf diese Weise das Testament selbst als gültig anzuerkennen. Dem filius in potestate sei nämlich, sobald er jure civili die Erbschaft antrete, sogleich, auch noch vor Ablauf der Frist, die b. p. denegirt, und dem scriptus heres alsbald b. p. sec. tab. gegeben worden, damit dieser molestiam creare praeterito, eumque lite et sumtibus vexare possit.

Diese Beweisführung ist nun freilich sehr schwach, und ich würde sie, da sie einer Widerlegung nicht bedarf, ganz übergangen haben, wenn sie nicht zeigte, zu welchen Gründen man seine Zuflucht nehmen muß, um eine Ansicht zu stützen, die doch auf den ersten Blick eine recht dankbare und natürliche zu sein scheint.

3. In neuerer Zeit hat man deßhalb, freilich mit sehr verschiedenen Nüancirungen, noch wieder einen anderen Erklärungsweg eingeschlagen. Der Prätor habe nicht durch Drohung von Nachtheilen das Civilrecht eigentlich aufheben wol-

---

4) Diese Ansicht ist, so viel ich weiß, nirgends aufgestellt worden, und würde auch unmöglich bewiesen werden können.

len, wohl aber durch Anbietung von Vortheilen den praeteritus bewogen, die c. t. zu agnosciren. Diesem also habe die Wahl zugestanden, entweder nach Civilrecht das Testament zu vernichten, dann aber gewisser Prätorischer Vortheile zu entbehren, oder diese letzteren ergreifend sein Civilrecht aufzugeben, und durch Agnition der b. p. das Testament im Allgemeinen anzuerkennen. Als solche Vortheile der c. t. sind aber sehr verschiedene Punkte angegeben worden.

Hugo [5]) stellt zuerst unter den Neueren dies Wahlrecht des filius in potestate auf. Dieser habe im Fall der Präterition mit seinem emancipirten und zwar exheredirten Bruder die Erbschaft nicht zu theilen brauchen, falls er die c. t. agnoscirte; denn diese läßt, wie wir nachher noch sehen werden, im Allgemeinen allerdings die Exheredationen bestehen. Wenn er sich dagegen mit seinem Civilrecht begnügte, so konnte er die Concurrenz des emancipatus exheredatus nach den Regeln der b. p. unde liberi nicht hindern.

Förster [6]) erkennt ebenfalls das Wahlrecht an. Es habe freilich dem fil. suus freigestanden, nach Civilrecht ab intestato zu succediren. Aber durch die c. t. seien ihm so bedeutende Vortheile gewährt (so z. B. habe er nur dadurch den emancipirten Bruder zur Collation zwingen können) [7]), daß es wohl meist nicht klug gewesen wäre, dieselbe zu versäumen. Bisweilen würde indeß diese c. t. als unde liberi angesehen [8]), so daß es keinem Bedenken unterliege, daß wenn der filius suus die c. t. omittire, und entweder die unde liberi selbst erbitte, oder bloß her. aditio vornehme, die Intestaterbfolge eröffnet werde, zu welcher dann auch Andere, Emancipirte und Exheredirte, mittelst der b. p. unde liberi gelangen könnten.

---

5) In seiner Doctordissertation de bonorum possessionibus. Halle 1788. §. 15.

6) De b. p. liber. praeter. contra tabulas par. diss. (Breslau 1823.) p. 151. 389. 400.

7) Andere Vortheile, welche die c. t. sonst noch enthalten habe, werden nicht angegeben.

8) Diesen wichtigen Satz führt übrigens Förster nicht weiter aus.

§. 73. Diese Ansicht ruht lediglich auf der Voraussetzung, die man freilich bisher immer als unzweifelhaft richtig angesehen hat, daß, wenn es auch von vorn herein klar war, das Testament sei jure civili nullum, dennoch, nach Ablauf der Frist für die c. t.,[2] jedenfalls immer daraus die sec. tab. b. p. ertheilt wurde. Es konnte hier ja doch den Erfordernissen genügt werden, welche der Prätor im Edicte für Erlangung der sec. tab. aufgestellt hatte. Das Testament (bei dem wir ja lediglich das vitium der Präterition eines filius oder postumus suus voraussetzen) war mit sieben Siegeln versehen, der Erblasser war als civis Romanus und suae potestatis gestorben. Es schien also gar kein Bedenken möglich, daß hier die sec. tab. b. p. ertheilt werden müsse.

Diese ganze Voraussetzung ist nun aber, wie ich glaube, durch meine in dem ersten Bande enthaltene Darstellung der sec. tab. b. p. hinweggeräumt, und so muß denn nothwendig auch die Folgerung fallen, welche daraus für die Bedeutung und Entstehung der c. t. abgeleitet worden ist. Ich kann mich hier begnügen, folgende kurze Sätze zusammenzustellen, die, wie mir scheint, in schlüssigem Zusammenhange stehen.

Die sec. tab. b. p. muß jedenfalls **Anfangs** (als eine confirmandi jur. civ. gratia gegebene Klasse) so aufgefaßt werden, daß der Prätor lediglich die Absicht hatte, dem **Civilerben** zum raschen Besitz des Vermögens zu verhelfen. Aber gerade weil dies Ziel **rasch** erreicht werden sollte, konnte auch der Prätor nicht volle Gewißheit verlangen, daß es in der That ein wahrer Civilerbe sei, also das Testament gar keinen Mangel habe. Er mußte sich mit einer **Wahrscheinlichkeitsrechnung** begnügen, aber darin liegt schon, daß wenn der Wahrscheinlichkeit die entgegengesetzte Wahrheit gegenüber tritt, jene von selbst in Nichts zerfällt. Mithin mußte, wenn sich ein Nichtigkeitsgrund des Civilrechts zeigte, die b. p. als non data zusammen fallen, und wenn derselbe

dirt sei, er nach Civilrecht, nicht aber nach Prätorischem, ausgeschlossen sei. Daß aber auch dies unbegründet ist, wird weiter unten gezeigt werden.

schon vorlag, so konnte gar keine b. p. ertheilt werden [1]). Allerdings ist der Prätor hievon abgegangen, er hat in gewissen Fällen die Gültigkeit der b. p. anerkannt, auch wo das Testament jure civili aus gewissen Gründen nichtig war. Aber die Ausnahmen, welche sich hier bildeten, und die wir im vierten Kapitel kennen lernen werden, umfassen jedenfalls nicht unseren Fall, wo ein filius oder postumus suus präter-

---

1) Walter R. G. (2. Aufl.) §. 599. Note 15. widerspricht dieser hier im Texte kurz zusammengefaßten Ansicht. Die Gründe, welche ihr entgegenstehen sollen, werden im folgenden Buche geprüft werden. Hier muß ich nur bemerken, daß Walter seine Mißbilligung mit Unrecht auch auf Fabricius erstreckt, als wenn dieser bereits dasselbe gesagt hätte. Fabricius behauptet nur, wie schon vorher Treckell und Dernburg, daß es zur Zeit der klassischen Juristen kein Prätorisches Testament gegeben habe (s. Bd. I. S. 145.). Meine Ansicht dagegen von der Bedeutung der sec. tab. b. p. (Bd. I. S. 170.), die Walter a. a. O. mittheilt, steht mit der über das Prätorische Testament nur in dem Zusammenhange, daß wenn es letzteres wirklich gäbe, jene freilich nicht richtig sein könnte. Aber ebendeßhalb ist, abgesehen von anderen Beweisen gegen das Prätorische Testament, meine Entwickelung vom Wesen der sec. tab. ein neuer sich an die frühern schon vorgebrachten Gründe anschließender Beweis, daß von einem Pr. Test. gar nicht die Rede sein kann (Bd. I. S. 200.). In Bezug aber auf dies Wesen der sec. tab. ist Fabricius mir gerade entgegengesetzt. Er nimmt an, daß wenn die 7 Siegel vorhanden waren, stets eine b. p. ertheilt wurde (S. 157.), daß wenn die Präterition des Sohns bekannt wurde, die b. p. nicht non data war, sondern nur durch den legitimus zur eine re gemacht werden konnte (S. 124. oben). Dies ist aber gerade der entschiedene Punkt, denn wenn der b. p. nur durch her. pet. der effectus entzogen werden konnte, so wurde keine folgende b. p. (unde liberi) mehr ertheilt. Und wenn nun auch noch der andere Satz richtig wäre, daß der Prätor, selbst im Fall die Präterition des filius ihm unzweifelhaft bekannt war, doch die sec. tab. b. p. ertheilte, so würde dann freilich folgen, daß der Prätor dem filius nur durch Aufstellung der c. t. jam Int. quor. bon. verhelfen konnte. Und dies spricht auch Fabricius (S. 224.) ganz entschieden aus. Er ist also durchaus der Franckeschen Ansicht, kann daher auch nicht meinen, daß die Ertheilung der sec. tab. bloß eine Präsumtion „für das Vorhandensein aller civilrechtlichen Requisite war, deren Mißlingen das Wegfallen der ertheilten b. p. zur Folge hatte."

irt ist, und Ansprüche auf die Erbschaft macht. Die Quellen deuten uns mit keiner Spur darauf hin, und es hat auch bisher noch Niemand eine derartige Behauptung aufgestellt.

Wenn aber unser Fall nicht unter die Ausnahmen gebracht werden kann, so müssen wir ihn nach der Regel beurtheilen. Darin aber liegt Folgendes. Der Prätor erkannte den Satz des Civilrechts vollkommen an, daß die Präterition des Haussohns und der postumi ein vernichtendes vitium der Testamente sei. Also er denegirte wie aus jedem anderen völlig ungültigen (z. B. einem durch ein späteres rumpirten) Testamente von vorn herein die Ertheilung der b. p., sobald das vitium ihm schon bekannt war, und es wurde mithin gleich vom mortis tempus die Frist der b. p. unde liberi berechnet [2]). Der Haussohn konnte also gleich von Anfang an durch Agnition der b. p. unde liberi das Int. quor. bonorum erlangen. Wenn dagegen anfangs allerdings die sec. tab. erbeten worden war, aber die Ungültigkeit des Testaments dann hinterdrein zum Vorschein kam (auch ohne Anstellung einer besonderen her. pet.), so galt die b. p. als non data, nicht aber als sine re, und daraus folgt, daß sogleich ein präterirter Haussohn aus der folgenden Klasse unde liberi die b. p. agnosciren konnte.

Wir kommen also stets auf dasselbe Resultat, daß nämlich immer der Haussohn zum Int. quor. bon. gelangen konnte, und ihm der scriptus heres keineswegs im Wege stand. Wozu soll ihm also eine c. t. gegeben worden sein? Man kann nicht einwenden, daß, wenn der Haussohn in der angegebenen Weise die Ertheilung der sec. tab. gleich verhindern oder die ertheilte zur non data machen wollte, er

2) Ebenso wie nach fr. 9. §. 1. unde cogn. wenn das Testament wegen Taubheit des Erbl. ungültig ist, und der Cognat dies weiß, sogleich ex die mortis die b. p. unde cognati läuft. So ist denn auch hier für uns die Einschränkung, daß die Frist von da läuft, wo der Haussohn seine Präterition erfuhr oder erfahren konnte. Man wird hier aber, wenn er sich nicht darum bekümmerte es zu erfahren, ebensowenig Umstände mit ihm gemacht haben, wie mit dem Cognaten, der die Taubheit des Erblassers nicht gewußt zu haben behauptete.

doch einen besonderen Beweis von der Ungültigkeit des Testaments liefern mußte. Wir müssen die Nachweisungen, die zu liefern sind, ganz ebenso fassen, mag nun der Haussohn c. t. oder unde liberi haben agnosciren müssen. Denn, sei das Eine oder das Andere richtig, so wird doch jedenfalls auf beiderlei Weise dem scriptus heres sein Recht entzogen, und der Prätor kann dies unmöglich ohne Vorbringung und Rechtfertigung von Gründen gethan haben. Welche bedingenden Beweise wir uns hier aber zu denken haben, wird später noch besonders geprüft werden. —

Das bisher Gesagte ist eine nothwendige Schlußfolgerung aus dem Wesen der sec. tab., wir finden es nun aber auch ausdrücklich durch, wie mir scheint, ganz entscheidende Aussprüche unserer Quellen bestätigt. Dies giebt uns eine neue Bürgschaft, daß Alles, was wir über die sec. tab. gesagt haben, richtig sei, da es consequent zu Resultaten führt, die nun auch wieder mit äußeren Quellenzeugnissen übereinstimmen.

Der Satz: Die b. p. des präterirten Haussohnes ist stets eine b. p. unde liberi[3]), folgt zuerst schon aus Ulpian XXII. 16. Gaius II. 123. und Papinian in fr. 1. de injusto rupto test. Alle drei Juristen geben die völlige Nichtigkeit des Testaments als etwas ganz Allgemeines und Entschiedenes an. Es scheint mir gar nicht denkbar, daß sie hier bloß das Civilrecht hätten erwähnen können, wenn der Prätor den civilrechtlichen Satz nicht vollkommen anerkannt hätte. Die Römischen Juristen sprechen von dem überhaupt geltenden Recht, und wenn also Modificationen durch den Prätor hervorgerufen sind, so mußte das doch bemerkt werden, da es ja eine Verkehrtheit gewesen wäre, bei der Darstellung des Civilrechts das Prätorische gleichsam ganz zu vergessen, eine Verkehrtheit, wofür wir sonst in der Darstellungsweise der Römischen Juristen keine Beispiele finden. Namentlich scheint mir, sobald man des Gaius Institutionen unbefangen durchliest, sehr deutlich einem Jeden die Ueberzeugung sich aufdringen zu müssen, daß wir auf sein Stillschweigen ebenso sicher bauen dürfen, wie auf das, was er ausdrücklich sagt. Gerade im

3) Oder vor Aufstellung dieser besonderen Klasse: unde sui.

Erbrechte sehen wir ihn, wenn er auch hauptsächlich das Civilrecht darstellt, doch nie verfehlen, am passenden Orte wenn auch nur kurz die Emendationen anzugeben, welche dem Civilrechte durch den Prätor hinzugefügt seien, wogegen er das, was sich nicht mehr als wahre Emendation des Civilrechts auffassen läßt, allerdings übergeht.

So haben wir schon gesehen, daß er den ordo unde cognati als Verbesserung der Cognatenklasse noch angiebt, während er rücksichtlich der übrigen gradus auf sein anderes Werk verweist. Ebenso scheint mir auch großes Gewicht gelegt werden zu dürfen, nicht bloß auf das, was Gaius wirklich von der c. t. b. p. sagt, und an welchen Stellen er von ihr redet, sondern auch ebensosehr, was er nicht von ihr sagt, und an welchen Stellen er, wenn die c. t. hier Bedeutung gehabt hätte, doch nothwendig von ihr hätte sprechen müssen. Hier beim Haussohn ist gar nicht davon die Rede, und so dürfen wir denn auch annehmen, daß die Nichtigkeit des Testaments und die Eröffnung der Intestatsuccession allgemein praktisches Recht war, welches auch nicht einmal darin vom Prätor modificirt wurde, daß man ihn durch Anbietung von Vortheilen zum Aufgeben seines Civilrechts hätte bewegen wollen. Dies bestätigt auch vollkommen Paulus in fr. 7. de lib. et post.:

> Si filius, qui in potestate patris est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur: et eo jure utimur.

Paulus erwähnt die Praxis besonders wegen der entgegenstehenden Ansicht der Proculianer [4]); hielt man aber an dem strengen Satze des Civilrechts fest, sogar wenn der Notherbe bei Lebzeiten des Erblassers wieder weggefallen war, so ist doch noch viel weniger zu denken, daß, wenn er da war und Ansprüche machte, man davon abgegangen wäre.

Also schon die Art, wie die Römischen Juristen das Civilrecht darstellen, zeigt, daß der Prätor sich von demselben gar nicht entfernt haben kann. Dies wird nun zur Gewißheit erhoben durch drei Stellen, worin geradezu von dem Prä-

4) Gai. II. 123.

torischen Rechte in Bezug auf unsere Frage die Rede ist. Sie betreffen an und für sich drei verschiedene Fälle, aber um so sicherer wird dadurch unser Satz von verschiedenen Seiten aus beleuchtet.

1. Ein exheredirter emancipatus kann wegen Präterition seines in der Gewalt gebliebenen Bruders sogleich b. p. unde liberi erbitten:

> **Fr. 1. §. 9. si tab. test. null. — Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat, praeteritus: emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi, tueri debet Praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset.**

Hier wird also geradezu auch für das Prätorische System der Grund angegeben, es sei so, als wenn der Erblasser gar kein Testament hinterlassen hätte, und daraus folgt eben von selbst nach der allgemeinen Regel [5]), daß die erste Klasse der Intestatsuccession eintritt.

2. Wenn daher der emancipatus dennoch die c. t. b. p. agnoscirt, so ist das irrthümlich geschehen, und hat gar keine Bedeutung.

> **Fr. 32. de lib. et post. — Si filio emancipato exheredato, is qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus veniet.**

Hieraus sieht man recht klar, wie gar nicht daran gedacht wird, daß in einem solchen Falle noch eine sec. tab. b. p. agnoscirt werden könnte. Denegirte nicht der Prätor dem scriptus dieselbe, so könnte ja der Jurist gar nicht sagen, daß beide Söhne entschieden ab intestato nach Prätorischem Rechte succedirten, wovon doch eben die Rede ist.

3) Endlich wenn der präterirte filius suus selbst die c. t. agnoscirt, so hat dies ebenfalls gar nichts zu bedeuten, son-

---

5) Fr. 1. §. 1. quis ordo. — Sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si secundum eas vel contra eas bonorum possessionem nemo accepit, intestati datur b. p.

dern es wird so gehalten, als habe er die **b. p. unde liberi** erbeten:

> **Fr. 15. pr. de legatis praest. — Is qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure.**

Dem **filius** darf gar nicht eingeworfen werden, er habe durch Agnition der **c. t.** das Testament anerkannt (**nec doli mali exceptio noceat**). Darin liegt eben, daß die **c. t. b. p.** ein gültiges Testament voraussetzt, und natürlich auch umgekehrt, daß, wo das Testament nichtig ist, keine **c. t.** statt finden kann. Wir dürfen also auch nicht mit Fabricius [6]) sagen: die **c. t. b. p.** des (**filius**) **suus praeteritus** sei **juris civ. confirmandi causa** eingeführt, denn dann wäre sie doch eine wahre **c. t.**, ebenso wie die **sec. tab.**, die zur Confirmation des Civilrechts dem **scriptus** gegeben wurde, um demselben zum **Int. quor. bon.** zu verhelfen. Hier ist's gerade nicht so, es ist nicht der alleinige und nothwendige Weg zum Interdict, sondern auch wenn sie unter diesem Namen agnoscirt war, so ist es doch gar keine wahre **c. t. b. p.** Und so konnten wir sie denn auch wohl am Einfachsten die nominelle **c. t. b. p.** nennen. —

Dasselbe, was wir aus diesen drei Stellen sehen, läßt sich auch noch durch ein anderes Quellenzeugniß belegen, auf dessen genauere Interpretation wir später noch zurückkommen werden. Es ist eine Grundregel der **c. t. b. p. — exstitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit** [7]). Beides, die Adition nach Civilrecht, und die Agnition, konnte, wie wir jetzt wohl annehmen dürfen, aus solchem nichtigen

---

6) **B. p. S. 218.**
7) **Fr. 19. de c. t. b. p.**

Testamente nicht statt finden, und so ist auch die c. t. b. p. unzulässig.

§. 74. Mit dem im vorigen § gewonnenen Resultate können wir uns aber doch nicht genügen lassen. Wenn die b. p. des präterirten Haussohns nur dem Namen nach eine c. t., dem Wesen nach aber eine unde liberi ist, woher kommt es denn überhaupt, daß sie in den Quellen den Namen der ersteren führt, was allerdings ganz entschieden der Fall ist? Weßhalb nannte man sie nicht auch nach dem, was sie wirklich war? Ein unnützes und verkehrtes Spiel mit Worten können wir doch den Römern unmöglich zutrauen, und so muß denn die Aufnahme der Haussöhne auch nur unter den Namen der c. t. b. p. ihre reellen Gründe haben.

Ich glaube in der That, daß sich deren vollkommen genügende aus den Quellen nachweisen lassen, die aber nichtsdestoweniger den Satz ganz unafficirt lassen, daß die nominelle c. t. eine reine b. p. unde liberi und keineswegs der Weg zur Erlangung des Interdicts ist.

1. Den ersten Grund kann ich am wenigsten aus den Quellen, aber wie mir scheint genügend aus der Natur der Sache rechtfertigen. Er ist überhaupt der unbedeutendste. Man könnte nämlich auf den ersten Blick meinen, daß, wo in den Quellen von einer c. t. b. p. des Haussohns die Rede ist, die Juristen immer von einer irrthümlich agnoscirten sprächen, welche denn doch keine nachtheiligen Folgen für den Irrenden haben sollte. Darin liegt allerdings das Richtige, daß wenn in der That ein solcher Irrthum vorgekommen war, wie ihn fr. 32. de lib. et post. sehr deutlich voraussetzt, dies weder dem Präterirten selbst, noch seinem emancipirten Bruder etwas schadet. Sie gelten ganz so, als wenn sie Beide gleich von vorn herein mit klarem Bewußtsein sich die b. p. unde liberi erbitten [1]).

Aber in dieser Weise lassen sich die meisten anderen Stellen, welche von der c. t. des Haussohns reden, nicht verste-

1) Von diesem letzteren Falle spricht das fr. 1. §. 9. si tab. test. null.

ben. Abgesehen von denen, welche der Verlauf der Darstellung mit sich führen wird, gehört hieher schon das dritte der im vorigen § mitgetheilten Hauptfragmente. In den andern beiden ist direct nur von der Agnition des emancipirten Bruders aus der Person des filius fam., in dem fr. 15. pr. de legat. praest. aber von der Agnition dieses Letzteren selbst die Rede. Indem der Jurist davon spricht, ob bei ihm eine Anerkennung des Testamentes anzunehmen sei, muß er doch voraussetzen, daß der Agnoscirende mit klarem Bewußtsein handelte und nicht schon auf einen entschuldbaren Irrthum sich berufen konnte, und wenn Paulus seine Entscheidung nur auf das Vorhandensein eines Irrthums gestützt hätte, so wäre, da er diesen Grund nicht erwähnt, die ganz allgemeine Antwort, die er abgiebt, unrichtig.

Es läßt sich nun aber auch recht wohl erklären, daß Fälle vorkommen konnten, wo ein präterirter Haussohn gerade in Folge wohlüberlegter Berechnung die c. t. b. p. agnoscirt, und der Prätor sie ihm unmöglich verweigern konnte. Es stand fest, daß er ein Sohn des Verstorbenen, und in dessen Testament präterirt war, aber es konnte in verschiedener Weise ihm zweifelhaft sein, ob er von der väterlichen Gewalt befreit sei oder nicht, er konnte sich selbst für einen filius fam. halten und es in der That sein, aber doch eine Anfechtung dieses status von Anderen befürchten. Solche Fälle werden ja mehrfach in den Quellen erwähnt [2]), und es ließ sich in der Zeit, wo die Frist der b. p. c. t. ablief, und ohne die Behauptungen eines bestimmten Gegners die Sache vielleicht oft gar nicht gleich constatiren. Es war also sehr gerathen, daß er sogleich die c. t. erbat, um sich jedenfalls sein Erbrecht zu wahren, welches er sonst, falls sein Heraustreten aus der Gewalt sich bestätigte, völlig verloren hätte. Daß der Prätor ihm die b. p. nicht verweigern konnte, ist unzweifelhaft, da ja nur darin Ungewißheit vorhanden war, ob die c. t. oder das noch vollere Civilrecht ihm zustehe.

2. Aber solche Fälle sind doch nur selten; sie zeigen, daß allerdings ein Haussohn auch im eigenen Interesse wohl

2) Fr. 6. §. 4. fr. 15. fr. 16. fr. 34. pr. de acq. vel om. her.

einmal die c. t. erbitten konnte; dagegen ist es dabei nicht minder richtig, daß, wenn seine Qualification als Haussohn vollkommen feststand, seine b. p. stets eine unde liberi war. Die eigentliche praktische Bedeutung, welche die nominelle c. t. b. p. bei den Römern hatte, scheint mir in dem bisher Gesagten noch gar nicht angegeben zu sein. Diese liegt nämlich in dem Verhältniß des präterirten Haussohns zu anderen Notherben, die in demselben Erbfalle nebeneinander stehen. Die Quellen selbst führen uns hierauf, indem in den meisten unsere nominelle c. t. erwähnenden Stellen (und so auch in dem fr. 15. pr. de legat. praest.) gerade von einer solchen Concurrenz mehrer Notherben die Rede ist.

Es ist bekannt, daß die Römer nicht gern verschiedenartige Successionen in einem und demselben Erbfalle neben einander haben. Der Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest erklärt sich daraus. Wenn sie nun gerade bei der c. t. ungleichartige Successionen freilich keineswegs vermeiden konnten, wie wir das später noch genauer kennen lernen werden, so war es doch sehr natürlich, daß sie derartige Fälle nicht gern unnütz vermehrten. Man denke sich aber, wie sich im praktischen Leben die Sache sehr häufig gestalten mußte. Nehme man, daß Jemand mehre Kinder hinterläßt, z. B. einen Haussohn, einen Accrescenzerben und einen Emancipirten. Es sind hier sehr complicirte Fälle denkbar, wenn man den Einen als instituirt, den Anderen als präterirt, den Dritten als exheredirt annimmt. Die Einen konnten aus eigener Person ein Recht auf die c. t. haben, agnoscirten also gleich dieselbe. Daneben konnte dann aber noch ein präterirter filius fam. stehen, und was war natürlicher, als daß nun der Prätor, um die Erbverhältnisse der Kinder gleich auf einmal zu reguliren, sie alle in derselben Frist zusammenrief, also gerade in der ersten Frist, der der c. t. b. p., welche ja Einzelnen von den Kindern deferirt sein konnte. Das Civilrecht des filius suus war nur noch vollständiger, es war im Gegensatz zur c. t. b. p. das majus, letztere das minus. Aber gerade deßhalb konnte man auch sagen, daß das minus in dem majus begriffen sei, daß also der Haussohn gleich mit seinen Brüdern zusammen die

c. t. agnosciren dürfe. Darin sollte freilich nicht liegen, daß in der Anerkennung des minus ein Verzicht auf das majus enthalten sei, die b. p. wurde für den Haussohn immer nach den Grundsätzen der unde liberi beurtheilt, aber da doch Alle in derselben Frist vereinigt waren, so nannte man sehr natürlich die b. p. aller liberi die c. t. b. p.

Aber hiebei blieb man nicht stehen. Um die Succession sämmtlicher liberi ganz bei einander zu haben, mußte man auch die Instituirten herbeiziehen. Es geschah dies bekanntlich durch die b. p. commisso per alium edicto, von der unten noch mehr die Rede sein wird. Aus der Person dessen, der die c. t. hat, wird sie hier dem instituirten Bruder mitgetheilt, damit sie Alle unter Einer gleichartigen Succession stånden. Darnach mußte denn sowohl der instituirte Haussohn aus der Person des Emancipirten, als auch umgekehrt der instituirte emancipatus aus der Person des präterirten Haussohns die c. t. ableiten können. Denn in dem majus liegt ja das minus, und also wenn auch für den filius fam. stets die Intestatsuccession gilt, so theilt er doch sein Recht, da das Ganze unter der Leitung des Prätors steht, unter der Gestalt der Prätorischen c. t. den Uebrigen mit. Ich kann dies Alles hier nur erst andeuten, und verweise einstweilen namentlich auf fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. und fr. 16. de legat. praest. Weiter unten bei der Entwicklung des Princips der c. t., sowie der verschiedenartigen Concurrenzfälle mehrer Notherben, wird es erst klarer einleuchten können, daß das natürliche Streben, die c. t. über die ganze Erbschaft herrschen, und sämmtliche liberi soviel als möglich gleichartig succediren zu lassen, die nominelle c. t. b. p. hervorrufen mußte, wobei man doch aber immer bei dem Satze blieb, daß der Haussohn für seine Person stets das majus habe, wenn er auch Anderen nur das minus daraus mittheile.

§. 75. Bisher ist rücksichtlich der nominellen c. t. b. p. vornehmlich vom präterirten Haussohn die Rede gewesen, weil auch die mir entgegenstehenden Schriftsteller bei ihrer Ansicht über den Ursprung der c. t. denselben hauptsächlich im Auge haben. Indeß ist gleich von vorn herein zu vermuthen, daß

sie Aehnliches, als was beim filius jam natus anzunehmen sei, auch auf die postumi sui übertragen, da diese ja ebenso wie der Haussohn nach Civilrecht die Intestatsuccession eröffneten [1]).

Dieselben Gründe aber, welche gegen die c. t. b. p. des Haussohns bestehen, sprechen auch gegen die postumi; wir dürfen also schon deßhalb annehmen, daß die c. t. nicht im Stande war, ihnen Vortheile zu gewähren, welche nicht ebenso auch die Intestatsuccession mit sich führte, die das Civilrecht in Folge ihrer Präterition eröffnete [2]). Wir begegnen hier aber noch einer ganz eigenthümlichen Ansicht, wonach der Prätor in Bezug auf die postumi viel weiter gegangen wäre, als beim Haussohn, und deßhalb reicht denn auch unsere auf den Letzteren sich beziehende Widerlegung noch nicht hin. Förster, Bluntschli und Mühlenbruch nämlich (s. Note 1.) nehmen hier eine wahre Umänderung des Civilrechts durch den Prätor an. Im Prätorischen Rechte seien die postumi in einem viel beschränkteren Umfange anerkannt worden, man habe darunter nicht alle nach der Testamentserrichtung, sondern lediglich die nach dem Tode des Erblassers Geborenen verstanden.

Wenn aber in der That der Prätor den Begriff der postumi einschränkte, so liegt darin, daß nun das weitere Civilrecht außer Geltung gesetzt war, indem natürlich der Prätor in der Praxis seine Regel in Anwendung hat treten lassen. Und so sagt auch Bluntschli, dem Mühlenbruch hier offenbar beistimmt, ausdrücklich: alle postumi (außer den nach dem Tode des Erblassers Geborenen) hätten sich durchaus nicht von den schon zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Kindern unterschieden und die c. t. b. p. erhalten. Meint Bluntschli unter diesen Kindern die filii in potestate, so hätte der Prätor überhaupt nichts verändert, denn diese succedirten ja eben,

1) Namentlich hebt Fabricius (S. 37) dies hervor. S. auch Foerster p. 148. n. 13. Bluntschli S. 71 ff. Mühlenbruch Comm. XXXVII. S. 72.

2) Ich spreche hier bloß von den präterirten postumi, welche den Erblasser überleben und Ansprüche auf die Erbschaft machen. Die Fälle, wenn sie schon vor dem Erblasser verstorben waren, oder ihre Ansprüche aufgaben, werden in dem vierten Kapitel besprochen werden.

wie wir gesehen haben, nach Civil- und Prätorischem Rechte ab intestato. Meint er dagegen (und dies muß wohl seine Ansicht sein [3]), da ja der Prätor hier etwas Besonderes festgesetzt haben soll) —, daß jene postumi den Accrescenzerben gleichgestellt worden wären, so hat ihnen danach also der Prätor ihr Civilrecht, in Folge dessen sie als postumi gelten und Intestatsuccession eröffnen, denegirt, und sie gezwungen, die c. t. zu agnosciren.

Diese Rechtsumstoßung ist aber so auffallend, daß wir sie nur in Folge der schlagendsten Gründe annehmen könnten. Sie ist deßhalb so auffallend, weil ein solches directes Entgegentreten wider die Regeln des Civilrechts beim Haussohne von Niemandem behauptet wird, und nun sich gar nicht einsehen läßt, wie der Prätor dazu kam, gerade diesen postumi ihr Civil-Recht zu entziehen, während er den erst nach dem Tode des Erblassers Geborenen sowie den filii jam nati die Eröffnung der Intestatsuccession [4]) nicht versagt hätte. Wozu nun diese Ineleganz, daß gerade die zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode des Erblassers Geborenen anders gestellt sein sollen, als die welche vor und nach diesen Zeitpunkten zur Welt kamen?

Die Gegner antworten hierauf: der Prätor habe nun einmal bei der c. t. den Satz aufgestellt, daß es für den Be-

3) Recht deutlich ist hier übrigens weder Bluntschli, noch Förster und Mühlenbruch. Ersterer sagt: „Waren sie sui, so brauchten sie freilich diesen Theil des Edicts gar nicht zu benutzen, sondern konnten ihr Recht als civile Intestaterben behaupten“ — nachher aber: „Uebrigens ist wohl zu berücksichtigen, daß sehr viele Fälle, wo nach Civilrecht Afterkinder vorkommen, hier gänzlich wegfallen.“ Also dieser zweite Satz ist doch die Einschränkung des ersten, und danach dürften denn nach Prätorischer Praxis nur die sui, die wirklich nach dem Tode des Erblassers geboren werden, ihr Intestaterbrecht geltend machen. — Dasselbe scheint auch Mühlenbruch, der sich auf Bluntschli beruft, zu meinen.

4) Denn in Beziehung auf diese behaupten jene Schriftsteller ja höchstens jenes oben mitgetheilte Wahlrecht, wonach man an der Geltendmachung des Civilrechts nicht verhindert, aber durch Anbietung von Vortheilen zum Verzicht auf dasselbe und zur Ergreifung der c. t. bewogen worden wäre.

griff der postumi nur auf die Todeszeit des Erblassers ankomme. Bei der c. t. handele es sich nicht an und für sich um die Gültigkeit des Testaments, sondern lediglich um die Berechtigung des Agnoscirenden, die natürlich erst nach dem Tode des Erblassers geltend gemacht werden könne.

Mir scheint hiermit aber der eigentliche Punkt, auf den es ankommt, gar nicht getroffen zu sein. Nach Civilrecht stehen, abgesehen vom filius postumus, alle übrigen postumi sui viel besser, als die sui jam nati. Sie eröffnen die Intestatsuccession, während Letztere nur das Accrescenzerbrecht haben. Nun aber handelt es sich bei der c. t. allerdings ganz vorzugsweise darum, ob das Testament gültig sei oder nicht; denn aus einem von vorn herein nichtigen Testament wird keine c. t. gegeben. Wir können hier also nur folgende Alternative aufstellen: entweder hat der Prätor den zwischen Testamentserrichtung und dem Tode des Erblassers Geborenen ebenso wie den später Geborenen, ihr volles Civilnotherbenrecht anerkannt, dann kann bei sämmtlichen postumi nur von einer nominellen c. t. b. p. die Rede sein; oder er hat den vor dem Tode Geborenen ihr eigenthümliches Civilrecht, das ihnen als postumi zustand, genommen, wonach denn alle diese postumi (außer etwa der filius) das Testament nicht mehr vernichteten, sondern sie nur gegen dasselbe als ein an und für sich gültiges die c. t. b. p. hatten. Dieser letztere Theil der Alternative wird aber durch jenen von den Gegnern angeführten Grund gar nicht bewiesen. Es ist darin allerdings das richtig, daß bei der c. t. b. p., wie überhaupt bei allen b. p., überhaupt nur der in Betracht kommt, welcher nach dem Tode des Erblassers vorhanden ist und Ansprüche macht. Von diesen postumi sprechen wir hier auch überhaupt nur (Note 2). Aber folgt denn daraus, daß der Prätor rücksichtlich des Grundes, worauf solche postumi ihr Erbrecht stützen, lediglich das mortis tempus berücksichtige, und auf diese Weise das ihnen zustehende Recht auf Intestatsuccession elidire? Logisch sehe ich hier nicht den geringsten Causalzusammenhang, und daß die Quellenzeugnisse, welche man für diese Folgerung angeführt hat, nichts beweisen, scheint mir sich nicht schwer zeigen zu lassen. Ich muß freilich hier die Hauptstelle (fr. 1.

§. 1. und 2. de c. t. b. p.) noch übergehen, die nachher einer genaueren Prüfung zu unterwerfen ist. Abgesehen aber von dieser sind die übrigen Stellen leicht hinwegzuräumen; fr. 4. §. 1. de c. t. b. p. beweist gar nichts, weil darin dem nepos, dessen Vater noch lebt, überhaupt alles Notherbenrecht abgesprochen wird; fr. 12. pr. de inj. rupt. und Gai. II. 147. 148. ebenfalls nichts, weil darin von postumi die Rede ist, die vor dem Erblasser wieder wegfielen. Von diesen ist hier aber gar nicht die Rede; — fr. 3. §. 10. de b. p. c. t. [5]) ist noch viel weniger von Bedeutung. Hier wird von denen gesprochen, welche nicht instituirt werden, also keinen Anspruch auf die c. t. haben können. Das wird allerdings nach dem mortis tempus beurtheilt. Aber daraus soll nun gleich gefolgert werden dürfen, daß für den, welcher umgekehrt instituirt werden kann, ebenfalls nur das mortis tempus in Betracht komme, um danach zu entscheiden, ob ihm sein Civilerbrecht entzogen, und nur ein Recht auf die c. t. zugestanden werde?

Es finden sich also keine Gründe, woraus sich der merkwürdige Satz rechtfertigte, daß der Prätor die vor und nach dem Tode des Erblassers geborenen postumi sui verschieden behandelt habe. Es steht ihm auch noch positiv die historische Entwicklung des Rechts der postumi entgegen. Es wurde im Anfange der Kaiserzeit, durch die lex Junia Velleja, gerade für die bei Lebzeiten des Erblassers geborenen postumi überhaupt erst festgestellt, daß man sie instituiren oder exherediren dürfe. Ihr Ruptionsrecht wurde dadurch eingeschränkt, man wollte nur noch im Fall der Präterition ihnen dasselbe zugestehen. Aber in diesen Gränzen wollte man ihnen dasselbe doch entschieden lassen, wie die Erörterungen der klassischen Juristen über die lex Velleja ganz unverkennbar zeigen [6]). Mir scheint es undenkbar, daß der Prätor dies nun gleich wieder hätte abändern können, und noch viel mehr, daß, wenn

5) Liberi qui instituti jure heredes non possunt, nec c. t. b. p. petere possunt. Haec autem verba: institui non possunt, ad mortis tempus referuntur.

6) S. namentlich fr. 29. §. 5 ff. de lib. et post.

er es gethan, die Juristen es bei Entwicklung der **lex Velleja** so ganz mit Stillschweigen hätten übergehen dürfen.

§. 76. Jedenfalls also dürfen wir annehmen, daß die **postumi sui**, wenn sie wollten, im Fall der Präterition ihr Civilintestaterbrecht geltend machen durften. Aber dabei bleibt denn noch immer die Ansicht möglich, wie sie für den **filius suus** aufgestellt worden ist, daß der **postumus** die Wahl zwischen seinem Civilrecht und der **c. t.** hatte, und daß letztere ihm den Vortheil gewährte, die Ertheilung der **sec. tab.** zu verhindern, und sich selbst das **Int. quor. bon.** zu verschaffen. Aber ebenso wie wir dies beim **filius jam natus** haben verwerfen müssen, so läßt es sich auch hier widerlegen.

Einestheils steht hier schon, ebenso wie beim Haussohn, die Darstellung des Gaius entgegen, dessen Worte (**II. 130—134**) wir wohl unbedenklich aus den Justinianeischen Institutionen entnehmen dürfen. Er spricht lediglich vom Civilrecht der **postumi**, von einer irgendwie modificirenden **c. t. b. p.** ist gar nicht die Rede.

Ebenso unerklärlich, wie das Schweigen des Gaius, wäre aber auch das Justinians in den Institutionen, der im §. 1. und 2. **I. de exher. lib.** doch gewiß die Worte des Gaius nicht so unverändert aufgenommen haben würde, wenn die **c. t.** hier einen Vortheil gewährte, indem er in den Institutionen die Veränderungen und Verbesserungen des Prätors ganz gewissenhaft anführt.

Wir haben aber außerdem noch eine andere Stelle, welche uns entschieden zeigt, daß wir für den präterirten **postumus suus** durchaus dasselbe annehmen müssen, als was eben von der nominellen **c. t. b. p.** des Haussohns gesagt wurde:

> **Fr. 4. §. 3. de c. t. b. p. (Paul.) — Si quis eum qui in utero est, praetermiserit, etiam nondum nato eo alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest, quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus, ut, et si ante moriatur, bono-**

rum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest.

Es ist in dieser Stelle von der b. p. **commisso per alium edicto** die Rede; dies ist also ganz dasselbe, als was oben rücksichtlich der Concurrenz eines präterirten **filius suus** mit einem instituirten Bruder gesagt wurde [1]). In dem größeren Rechte des Präterirten liegt auch das **minus**, nämlich die c. t., welche deßhalb aus seiner Person auf den instituirten Bruder übertragen wird, ohne daß aber dadurch für den präterirten Bruder und die ihm nach Civilrecht zustehende Intestatsuccession irgend eine Veränderung einträte. Daß nun der Jurist es ganz so auch beim präterirten **postumus suus** annimmt, beweist unsere Stelle vollkommen. Es wird in derselben der bekannte Satz vorausgesetzt, daß, so lange ein präterirter **postumus suus** erwartet werde, die **scripti** noch keine **her. aditio** vornehmen können. Die Möglichkeit dazu spricht Paulus dem eingesetzten **emancipatus** ja entschieden ab, ferner sagt er aber auch, daß ebenfalls die Agnition der **sec. tab.** nicht statthaft sei. Er hätte denselben Grund dafür angeben können, welcher auch der **her. ad.** des **scriptus** entgegensteht, nämlich daß überhaupt die testamentarische Succession, also auch die Prätorische, durch Erwartung eines präterirten **postumus** suspendirt wird [2]). Aber da dieser Grund sich von selbst verstand, so hebt Paulus nur den anderen, nicht so nahe liegenden, aber gerade für das Prätorische Princip der c. t. b. p. besonders wichtigen hervor. Er sagt: **sec. tab.**

1) Fr. 16. de legat. praest.

2) Dieser Fall, auf den auch Ulpian in fr. 30. §. 6. de acquir. her. deutet, (indem er die her. ad. des suus heres nur für gültig erklärt, wenn der postumus institutus ist oder der Erblasser ohne Testament verstorben ist) steht dem andern ganz gleich, wenn der zu erwartende postumus dem vorsteht, um dessen Antretung es sich handelt. Von diesem aber sagt Ulpian in derselben Stelle §. 1.: »Idemque et per bonorum possessionem edictalem.« Also das Prätorische System folgt hier, wie schon von vorn herein zu erwarten war, ganz den Regeln des Civilrechts.

könne der instituirte Bruder nicht agnosciren, weil erst die Frist der c. t. b. p. vorhergehe. In der c. t. b. p. will der Prätor die gesammte Succession der Kinder, der präterirten wie der instituirten, reguliren. Der Instituirte erhält aus der Person des zu erwartenden postumus die c. t., obgleich dieser Letztere für sich selbst die Intestatsuccession eröffnet. Also da dem Instituirten zuerst die c. t. deferirt wird, so kann er noch nicht die sec. tab. agnosciren. Nun aber steht dieser Agnition der c. t. noch der Umstand entgegen, daß doch eigentlich erst der postumus geboren sein muß, durch dessen Existenz der Instituirte sie ja überhaupt erst erhält. Indessen wird dies Hinderniß nicht für genügend erklärt. Weil der Institutus vor Erscheinen des postumus sterben könnte, und dadurch ganz ohne seine Schuld die Transmission des Erbtheils auf seine Erben verhindert werden würde, so greift der Prätor ein, und ertheilt auch vor Erscheinen des Postumus eine decretalis c. t. b. p. 3).

Aber in der Stelle liegt noch mehr, und dies ist für uns von ganz besonderem Interesse. Paulus sagt, die Ertheilung der b. p. sei für den instituirten **emancipatus** nothwendig, weil er nicht auf andere Weise zur Erbschaft gelangen könne. Darin liegt das unabweisbare argumentum a contrario, daß der instituirte **suus** die Ertheilung der commitirten c. t. nicht so nöthig hat, weil er jure civili die **her. aditio** vornehmen kann. Dies läßt sich nun aber nur so erklären. Der instituirte emancipatus hat ja an und für sich ein Recht auf die hereditas nur durch seine Institution. Dieses ist noch suspendirt durch die Erwartung des postumus. Wenn nun dieser erscheint, und die Intestatsuccession eröffnet,

---

3) Ja sogar, wenn der institutus schon vor Agnition der b. p. stirbt, so wird durch decretum des Prätors die Agnition als geschehen angenommen. S. das gleich folgende fr. 5. de c. t. b. p. v. Julian. — Der Grund des decretum ist, daß zu einer Zeit, wo die Frage, wer das Vermögen erhalte, noch ganz in suspenso ist, der Prätor kraft seiner Machtvollkommenheit dem in der That Berechtigten sein Recht auf den Fall sichern will, wenn derselbe vor Ablauf jener Zeit der Unsicherheit versterbe. Ein ganz ähnlicher Fall findet sich in fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.

so ist das Mittel, auch den emancipatus zur Erbschaft gelangen zu lassen, nur ein Prätorisches, nämlich die b. p. unde liberi, und deßhalb kann ihm auch nur durch ein Prätorisches Mittel nämlich die committirte c. t. b. p. schon vor Erscheinen des postumus geholfen werden [4]). Dagegen bei einem instituirten suus ist es ganz anders. Wenn sein Bruder, ein präterirter postumus suus, die Intestatsuccession eröffnet, und also mit der Vernichtung des ganzen Testaments freilich auch jene Institution ungültig macht, so nimmt dafür nun der (instituirte) suus kraft seines civilen Erbrechts an der Intestatsuccession Theil. Mithin ist es jedenfalls sicher, daß er durch her. aditio zur Erbschaft gelangen kann, entweder wenn der postumus nicht erscheint, kraft seiner Einsetzung, oder wenn er erscheint, kraft seines Intestaterbrechtes. Und eben deßhalb muß er auch, da für ihn gar keine Unsicherheit besteht, noch vor Erscheinen des postumus die her. aditio gültig vornehmen dürfen, oder vielmehr, da er ja ein suus ist, die Erbschaft fällt ihm auch ohne besondere Antretungshandlung ipso jure zu [5]). Hieraus folgt denn eben, was unser Jurist sagt, daß bei ihm die Agnition der b. p. c. t. nicht nöthig ist, obgleich sie freilich, wie unsere Stelle ebenfalls zeigt, ihm vom Prätor nicht versagt werden kann.

Unsere Stelle beweist hiernach zweierlei:

1. Daß auch nach dem Prätorischen Rechte (denn davon ist ja in derselben vorzugsweise die Rede) der präterirte postumus suus die Intestatsuccession eröffnet, die also natürlich jedenfalls für seine Person entschieden gilt [6]), an der aber auch

---

4) Wie es überhaupt kommt, daß die b. p. unde liberi, welche ein Instituirter an und für sich hat, wenn sein Bruder die Intestatsuccession eröffnet, — als eine c. t. b. p. angesehen wurde, kann erst am Ende dieses Kapitels bei der genaueren Darstellung der Concurrenz mehrer Notherben ausgeführt werden.

5) Stirbt er deßhalb vor Erscheinen des postumus, so gilt es doch, als wenn die Erbschaft ihm zugefallen wäre. Fr. 16. de lib. et post. v. African.

6) Mithin ist, da gerade auch der Prätor die Intestatsuccession anerkennt, nicht daran zu denken, daß nach Erscheinen des postumus noch etwa von einem extraneus b. p. sec. tab. agnoscirt werden könnte.

sein in väterlicher Gewalt befindlicher Bruder Theil nehmen kann, ohne die Agnition der b. p. nöthig zu haben.

2. Daß die c. t. b. p. des postumus ganz dieselbe Bedeutung hat, welche wir der des Haussohns beigelegt haben. Daß sie für ihn selbst nur eine *nominelle* ist, die ganz das Wesen der Intestatsuccession beibehält, liegt schon in dem vorhergehenden Punkte. Aber diese nominelle c. t. hat, ebenso wie wir es beim Haussohn gefunden haben, Bedeutung im Fall der *Concurrenz mit anderen* liberi. Indem diese sie aus der Person des postumus ableiten dürfen, sogar schon vor seiner Geburt, erhalten sie ein Recht, welches den sui immerhin nützlich, den emancipati sogar nöthig ist, um nicht eine unbillige Verzögerung des Erbschaftserwerbes eintreten zu lassen. —

Das wichtige Resultat dieser Stelle wird nun vollkommen bestätigt durch ein anderes Fragment von Papinian, welches genau denselben Fall bespricht. Auf den ersten Blick scheint es das Prätorische Recht gar nicht zu erwähnen, bei genauerer Betrachtung aber wird wohl Niemand verkennen, daß sie sehr deutlich die Eröffnung der Intestatsuccession durch Präterition des postumus sowohl nach Civil- als Prätorischen Grundsätzen anerkennt. Beide Stellen ergänzen sich genau, indem jede von beiden Einzelnes weitläuftiger erörtert, was aus der anderen nicht so klar zu ersehen ist [7]); und deßhalb ist die Zusammenstellung beider besonders lehrreich:

> Fr. 84. de acquir. vel om. her. — Ventre praeterito si filius, qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas; sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur; emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne ini-

7) Daß hier die Römischen Juristen verschiedene Theorien gehabt hätten, wie Fabricius (b. p. S. 186. not. 271) annimmt, vermag ich nicht einzusehen.

quum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? et ideo decreto filio succurrendum est, quia sive frater ei nascatur sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.

Papinian drängt hier in wenige prägnante Worte Vieles zusammen. Ich will es in die einzelnen Punkte zerlegen.

1. Er beginnt mit einem Satze, der in jener Paulinischen Stelle gar nicht erwähnt ist. Wenn man allerdings die Frau für schwanger hält, aber der **scriptus heres** (sei es ein Sohn oder ein **extraneus**) mit Recht überzeugt ist, daß sie nicht schwanger sei, so gilt seine Erbantretung auch ehe wirklich die Wahrheit allgemein bekannt wurde [8]. Nur beim **suus** ist hier noch wieder die Ausnahme, daß auch wenn er **incertus** ist über die Schwangerschaft, und diese nur in der That nicht vorhanden war, ihm **ipso jure** die Erbschaft zufällt [9].

2. Dann geht Papinian zu dem Fall über, wenn die Wittwe in Wahrheit schwanger ist. Dem **extraneus scriptus** ist hier nicht zu helfen, und deßhalb erwähnt er ihn gar nicht mehr. Es gilt hier allgemein, was schon gleich im Anfange der Stelle gesagt wird. Das Testament wird rumpirt, und ebendeßhalb wird auch schon vor der Ruption gar keine testamentarische Succession (nach civilem wie Prätorischem Rechte) deferirt. Noch viel weniger aber kann davon nach der Ruption die Rede sein, denn die ganze Sistirung der testamentarischen Delation geschieht ja nur deßhalb, weil man nicht etwas erst als gültig annehmen mag, was dann doch bald hinterdrein als ungültig zusammen fallen kann. Nur noch den Kindern succurrirt der Prätor, und darin liegt also, daß dem **scriptus extraneus** in keiner Weise mehr eine **b. p. sec. tab.** zu Gute kommen kann.

Daß hier Papinian des Prätors erwähnt, scheint mir unzweifelhaft, theils durch Zusammenhaltung mit jener Stelle

8) **Fr. 30. §. 4. 5. de acq. her.**
9) **Fr. 30. §. 6. eod.**

des Paulus, theils durch das Wort **decreto**, welches doch gar nicht anders als von einer **decretalis b. p.** verstanden werden kann. Und hiermit ist denn auch bewiesen, daß gerade die Richtigkeit des Testaments, die Papinian voraussetzt, die Grundlage bildet für die Hülfe, welche der Prätor den übrigen Kindern angedeihen läßt.

3. Dieser besondere Schutz des Prätors bezieht sich aber nur auf die Zeit vor Geburt des **postumus**. Papinian hebt mit Recht hervor, daß Beide, der **filius suus** wie **emancipatus**, falls sie nach der Geburt ihres Bruders noch leben, jedenfalls Antheil am Vermögen bekommen, und zwar schon nach den gewöhnlichen civilen und Prätorischen Rechtsregeln [10]). Also bedarf es nur vorher einer **decretalis b. p.**, um die Erben dieser instituirten Kinder sicher zu stellen, falls sie vor dem Erscheinen des **postumus** versterben sollten. — Zuerst wird nun vom instituirten **filius suus** gesprochen. Papinian hebt hier (was Paulus ausläßt) den Grund hervor, daß ja jedenfalls die Erbschaft **jure civili** an diesen gelangen werde. Dagegen läßt Papinian aus, was wir aus der Paulinischen Stelle ersehen, daß der **filius suus** in Folge dieses Grundes **interim** bereits die **hereditatis aditio** vornehmen kann. Papinian begnügt sich damit, den angeführten Grund zur Rechtfertigung der Prätorischen Hülfe hervorzuheben, welche dem **filius suus** noch neben der **her. aditio** zusteht.

4. An den **suus** knüpft dann Papinian den **emancipatus**, während in der Darstellung des Paulus umgekehrt der Letztere mehr hervorgehoben wird, um zu zeigen, daß dieser der **b. p.** noch viel mehr bedarf als der **suus**, welcher doch die **her. ad.** vornehmen konnte. Und überhaupt ist Paulus

---

10) Die Terminologie Papinians ist hier absichtlich sehr genau. Vom **filius suus** sagt er **heres futurus est**. Vom **emancipatus** sagt er nur: **rem omnimodo habiturus est**. Denn wenn der **postumus** todt zur Welt kam, so konnte der **emancipatus** allerdings die **her. ad.** aus dem Testament vornehmen, erschien aber in der That ein **postumus**, so concurrirte der **emancipatus** mit ihm nur nach Prätorischem Recht. Papinian konnte also zur Umfassung beider Fälle (**omnimodo**) nicht sagen: **heres futurus**, sondern nur: **rem habiturus est**.

darin vollständiger, daß er uns zeigt, die hier ertheilte b. p. sei eine aus der Person des postumus abgeleitete c. t. Daß sie eine decretalis sei, erfahren wir dagegen nur von Papinian.

Durch diese beiden hiemit erörterten Fragmente scheint mir das Wesen der dem präterirten postumus suus zustehenden nominellen c. t. b. p. festgestellt. Wir finden hier ganz dasselbe, als was wir oben beim Haussohn gefunden haben, und auf diese völlige Gleichstellung beider auch im Prätorischen Rechte muß doch gleich zuerst schon die Vermuthung führen, da sie ja auch in Beziehung auf die Eröffnung der Intestatsuccession sich nach Civilrecht vollkommen gleichstehen. Der Prätor hätte gar keinen Grund gehabt, dem Einen dies Recht anzuerkennen, und dem Andern es zu entziehen; denn die allerdings wichtige Verschiedenheit, die zwischen Beiden besteht, (daß der Eine das Testament ab initio, der Andere es erst hinterdrein nichtig macht), kommt hier, wo wir Beide als noch vorhanden und Ansprüche machend annehmen, gar nicht in Betracht. So sehen wir denn auch noch in einem andern Rechtsgebiete das hier Entwickelte bestätigt, nämlich durch die Art, wie der Prätor im Fall der Ruption durch den postumus Tutoren giebt. Das, was die Römischen Juristen hievon sagen, müßte ganz anders lauten, wenn der Prätor, der ja auch die Tutoren ernennt, im Erbrecht von den Grundsätzen des Civilrechts abgewichen wäre.

> Fr. 31. de test. tut. Si pater exheredatae filiae tutores dederit, et testamentum ejus ruptum dicatur nato postumo, commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem.

Die c. t. b. p. läßt die Vormundschaftsernennungen, wie man allgemein mit Recht annimmt, bestehen. Es kann also, wenn der Postumus rumpirt, keine wahre c. t. bestehen, denn alsdann ließe sich weder von einer Einforderung der intestati hereditas noch einer neuen Ernennung von Vormündern durch den Prätor reden. Unsere Stelle aber sagt es ausdrücklich, daß die testamentarische tutoris datio ungültig wird, und

der Prätor neue Vormünder ernennt, wobei er freilich sehr natürlich auf die im nichtigen Testament benannten Personen Rücksicht nimmt. Es kann auch ferner nicht daran gedacht werden, daß der Prätor da noch eine sec. tab. b. p. an den Instituirten gebe, wo er schon Tutoren giebt, um die Intestaterbschaft einzufordern. —

Hiernach wird man auch nicht versucht sein können, die entgegengesetzte Ansicht, die c. t. sei nöthig, um dem scriptus heres das Int. quor. bon. zu entziehen, noch auf l. 2. C. de b. p. c. t. stützen zu wollen, obgleich diese Stelle an und für sich einigen Schein dafür darbietet.

> Alexander (224). — Postumo nato, qui neque heres institutus a patre, neque nominatim exheredatus est, testamentum rumpitur; et si contra tabulas b. p. infantis nomine a tutore petita est, secundum tabulas possessio locum habere non potest.

Man kann dies allerdings so verstehen, die sec. tab. werde nur dadurch verhindert, daß die c. t. agnoscirt sei, sonst nach Versäumung der Letzteren werde sie jedenfalls ertheilt werden. Aber sicher würde dies doch nur sein, wenn es hieße: si c. t. b. p. petita non est, s. t. p. locum habere potest. Und ebensogut läßt sich der Sinn auch so fassen: das Testament ist rumpirt, also nichtig, und sobald dies zu Tage kommt (was am natürlichsten dadurch sich zeigt, daß der Tutor gleich die nominelle c. t. erbittet), so kann eine sec. tab. b. p. nicht Statt haben. Für die Frage also, ob eine sec. tab. ertheilt werden würde, wenn keine c. t. erbeten ist, und ob nicht die etwa ertheilte sec. tab. als non data zusammenfällt, sobald sich die Ruption constatirt, — hiefür beweist die Stelle nichts. Wir müssen in Folge anderer Beweise die Frage beantworten, und danach diese zweifelhafte Stelle interpretiren. In dieser Hinsicht aber sind die bisher gelieferten Beweise wohl genügend.

II. Das Recht der Accrescenzerben.

§. 77. Es hat uns bisher bei der Frage über den Umfang und Ursprung der c. t. b. p. ein nur negativer Be-

weis beschäftigt. Für die präterirten filii und postumi sui kann sie, um ihnen ein Recht auf das Int. quor. bon. vor dem Eingesetzten zu geben, unmöglich entstanden sein, diese Personen gehören dem eigentlichen Gebiete der c. t. b. p. gar nicht an.

Wir haben jetzt zu den positiven Beweisen überzugehen, aus denen wir die Entstehung und das eigentliche Wesen der c. t. uns zu erklären haben. Abgesehen von den filii und postumi bleiben nur noch zwei Klassen von Personen übrig, auf die sich der Umfang der c. t. b. p. erstreckt, die Accrescenzerben und die Emancipirten. Daß wir sie uns nicht für die Letzteren eingeführt denken können, dafür sind schon oben genügende Gründe vorgebracht worden. Es läßt also schon dieser negative von allen Seiten geführte Beweis gar kein anderes Resultat übrig, als daß der Prätor darauf ausging, das Recht der Accrescenzerben zu verbessern und mit dem der filii und postumi auszugleichen (s. §. 70.), und daß wir darin den Ursprung der wahren c. t. b. p. zu finden haben, d. h. derjenigen, deren Wirkung nicht die Eröffnung der Intestatsuccession, sondern nur eine Vernichtung einzelner im Testament enthaltener Verfügungen ist.

Für diese Annahme sprechen nun gleichmäßig die äußeren Quellenzeugnisse wie der innere Zusammenhang, der sich hier zwischen den Sätzen des civilen und Prätorischen Rechts nachweisen läßt.

Das Civilrecht der Accrescenzerben stand freilich dem der filii und postumi sui schon darin gleich, daß sie mit instituirten sui nach Viriltheilen concurrirten; denn dasselbe Resultat entstand ja auch für alle sui, wenn in Folge der Präterition eines Haussohns oder durch Ruption die Intestaterbfolge eröffnet wurde. Der Unterschied war nur, daß in letzterem Falle die Legate ungültig wurden, während, wenn ein Accrescenzerbe sein Notherbenrecht geltend machte, die Nebenbestimmungen des Testaments bestehen blieben. In Bezug auf die Universalsuccession war aber doch schon völlige Gleichheit der sui vorhanden.

Wenn indessen extranei im Testament eingesetzt waren, so konnte der präterirte Accrescenzerbe nur die Hälfte des Ver-

mögens erhalten, während präterirte Haussöhne und nachgeborene Kinder die ganze hereditas sich aneigneten. Die Accrescenzerben stehen nun aber doch ganz auf derselben Verwandschaftsstufe wie sämmtliche postumi sui mit Ausnahme des filius postumus. Es ist bloß der Unterschied, daß die Einen vor, die Anderen nach der Testamentserrichtung geboren waren. War man nun schon, wie ich im §. 70. ausgeführt habe, darauf ausgegangen, die postumi sui den sui jam nati in Bezug auf die Möglichkeit der Institution und Exheredation gleichzustellen, so mußte es doch um so mehr als eine juris scrupulositas erscheinen, daß nicht auch die Wirkungen der Präterition für sämmtliche sui gleichartig waren. Hier griff deßhalb der Prätor ein, er gab den Accrescenzerben die c. t. b. p., damit ebenso, wie die nachgeborenen filiae, nepotes etc. durch Eröffnung der Intestatsuccession die ganze Erbschaft erhielten, so auch die schon Lebenden den eingesetzten Erben völlig vertreiben könnten. Daß dies der Zweck der den Accrescenzerben gegebenen c. t. war, beweist die Darstellung des Gaius vollständig. Während derselbe, wie schon oben hervorgehoben wurde, beim filius (II. 123.) und bei den postumi sui (§. 130—134) eine c. t. b. p. gar nicht erwähnt, entwickelt er für die ceterae liberorum personae §. 124—129. das Civilrecht zugleich mit den vom Prätor hinzugefügten Verbesserungen.

§. 124. **Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum. praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui instituti sint, in virilem, si extranei in dimidiam; id est, si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres . . . .; at si extraneos ille heredes instituerit, et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres; quae de filia diximus eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis, sive masculini sive feminini sexus, dicta intellegemus. §. 125. Quid ergo est? licet — secundum ea quae diximus scriptis heredibus dimidiam partem tantum**

detrahant, tamen praetor iis contra tabulas bonorum possessionem promittit; qua ratione extranei a tota hereditate repelluntur. Aber noch in anderer Weise bedurfte das Notherbenrecht der sui der Ausgleichung. Nicht bloß in den Wirkungen desselben, auch in den Regeln, wie die Institution und Exheredation vorzunehmen sei, bestanden Verschiedenheiten, die nicht mehr zeitgemäß waren. Der filius und postumi männlichen Geschlechts mußten nominatim, die postumi weiblichen Geschlechts konnten inter ceteros exheredirt werden. Sehr natürlich, daß der Prätor diese Regel für alle sui allgemein machte, d. h. daß er auch für die Accrescenzerben männlichen Geschlechts die namentliche Exheredation vorschrieb. Auch diesen zweiten Punkt hebt Gaius gleich hinterdrein hervor (§. 127—129), wie wir trotz der Unleserlichkeit der Stelle doch noch genau erkennen können.

Hiemit sind also die beiden Punkte, die ich am Ende des §. 70. als der Rechtsänderung besonders naheliegend aufstellte, entschieden bewiesen, und der Gedanke, daß darin gerade der Ursprung der c. t. zu suchen ist, scheint mir nach den bisherigen Ausführungen sehr nahe zu liegen. Die c. t. b. p. ist, wie wir theilweise schon dargethan haben, ein Institut, das seinem Grundwesen nach sui als die berechtigten Subjecte voraussetzt, und wir werden nachher noch andere Gründe anzuführen haben, die genügend zeigen, daß die Emancipirten in den Quellen immer gleichsam als ein Appendix erscheinen, die erst mit Hülfe der Fiction, sie seien nicht emancipirt, herzugezogen, und bei der Darstellung der c. t. b. p. stets erst in zweiter Stelle erwähnt werden.

Also nur für sui kann dieselbe eingeführt worden sein, aber nun doch hinwieder nicht für den filius und die postumi in der Art, wie dies neuerdings so vielfach angenommen wird. Das Institut bleibt seiner ganzen Gestaltung nach dabei ebenso unerklärlich, als wenn wir zu den emancipati unsere Zuflucht nehmen wollten. Die Intestatsuccession, welche jene Personen eröffnen, und das ganze Princip der c. t., welche ein an und für sich gültiges Testament voraussetzt, sind völlig unvereinbare Dinge. Auch nicht einmal in der Gestalt, welche nach

unserer obigen Untersuchung in der That die c. t. der Haussöhne und postumi hat, können wir den Ursprung des Ganzen finden wollen, an welches sich dann erst später die b. p. der Accrescenzerben angeschlossen hätte. Jene nominelle b. p. setzt offenbar eine wahre c. t. voraus, an die sie sich anlehnt. Ich glaube gar nicht, daß die nominelle erst später an die wahre c. t. b. p. angeknüpft worden sei, aber sie kann umgekehrt nicht früher schon als eine selbständige vorhanden gewesen sein. Der Prätor wollte das Notherbenrecht sämmtlicher sui gleich machen, er mußte also doch jedenfalls, wenn vernachlässigte Accrescenzerben allein vorhanden waren, für sie eine Agnitionsfrist vor der sec. tab. anberaumen. Er mußte aber auch, um die Succession sämmtlicher liberi sui gehörig reguliren zu können, in dieser Frist ebenfalls alle übrigen vorhandenen sui zusammen rufen, auch diejenigen, für deren Person er durchaus die Intestatsuccession gelten ließ, und um derentwillen allein er nie die c. t. b. p. geschaffen haben könnte. Deßhalb edicirte er seine Klasse als eine für alle liberi aufgestellte, aber dabei müssen wir doch immer im Auge behalten, daß nur die liberi, welche durch die c. t. ein anderes Recht erhalten, als sie nach Civilrecht hatten, wahre Inhaber der c. t. b. p. sind. Die übrigen haben sie nur dem Namen nach, weil die Agnitionsfrist für alle concurrirenden Kinder dieselbe war. Aber sehr natürlich ist, daß auch da, wo von einer Concurrenz mehrer Kinder gar nicht die Rede war, also der Verstorbene nur einen filius oder postumus suus hinterlassen hatte, man für die von ihm agnoscirte b. p. den allgemeinen Namen beibehielt, und sie eine c. t. nannte. Wußte doch ein Jeder, daß sie nichts als eine unde liberi b. p. sei.

Erst wenn wir die c. t. an das Recht der Accrescenzerben anknüpfen, scheint mir ihre ganze Gestalt gehörig erklärt werden zu können. Sie enthält nicht einen Complex einzelner willkührlich vom Prätor ausgedachter Rechtssätze, sie ist das natürliche Ergebniß, welches sich von selbst darbieten mußte, wenn man die Accrescenzerben den übrigen sui gleichstellen wollte. Aus dem weiter unten folgenden Abschnitt über die Wirkungen der c. t. wird dies deutlich hervorgehen, aber der Verlauf der Darstellung wird auch noch manche andere

feinere Beziehungen ans Licht bringen, in denen wir die Anknüpfung des Prätorischen Institutes an das civile Recht der Accrescenzerben erkennen können.

Soviel erhellt schon aus dem bisher Gesagten, daß, während wir die nominelle c. t. b. p. nicht einmal eine confirmandi jur. civ. causa proposita nennen konnten, die wahre den Accrescenzerben gegebene allerdings einen correctorischen Charakter hat. Denn dadurch werden ja, wie Gaius sagt, die extranei a tota hereditate repellirt. Aber es leuchtet auch genügend ein, daß die Correction hier vollkommen zurück tritt gegen die Emendation, die das Civilrecht von der anderen Seite erhielt. Es war eine juris iniquitas, daß das Geborensein vor oder nach dem Testamente einen Unterschied im Notherbenrechte machen sollte. Und daher erklärt sich, daß Gaius der Correction auch hier gar nicht gedenkt, sondern, gerade weil er ganz davon schweigt, offenbar die Prätorische Rechtsänderung als eine sehr natürliche Ausgleichung mit dem auffaßt, was für die übrigen sui schon nach Civilrecht festgestellt war. Hierin aber liegt die Voraussetzung, daß dies Civilrecht auch wirklich schon so gestaltet war, um das mindere Recht der Accrescenzerben als eine juris iniquitas erscheinen zu lassen. Es läßt sich nicht wohl denken, daß, als die postumi überhaupt noch nicht einmal instituirt oder exheredirt werden konnten, der Prätor schon auf Einführung der c. t. gekommen wäre. Wir müßten dann annehmen, er habe die ganze Rechtsentwicklung, welche die Ausgleichung des Rechts sämmtlicher sui zum Ziel hatte, begonnen. Und das würde viele Bedenken gegen sich haben. So lange die postumi als incertae personae mit den sui jam nati noch gar nicht verglichen werden konnten, war dies verschiedene Recht des filius und der ceterae liberorum personae nach dem von Alters her zwischen Beiden angenommenen Unterschiede noch gar nichts Auffallendes; und diesen Unterschied ohne weitere Veranlassung einzureißen, scheint mir nicht im Wesen der Prätorischen, eigentlich nur auf Emendationen ausgehenden Thätigkeit zu liegen. Erst als dem Rechte der postumi gleicher Charakter mit dem der sui gegeben war, d. h. seitdem sie instituirt oder exheredirt werden konnten, mußte es in die Augen fallen, daß

gar kein Grund mehr vorläge, einen Unterschied danach zu machen, ob der suus vor oder nach dem Testament geboren sei. Und so konnte man erst nach der Feststellung des Rechts der postumi auf eine Verbesserung des Rechts der Accrescenzerben aufmerksam werden. Hier war es natürlich, daß der Prätor eingriff, um eine Rechtsentwicklung fortzusetzen, die durch civilrechtliche Organe begonnen war. So erst erklärt sich, daß wir bei der c. t. die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts rücksichtlich der Exheredation finden, indem der Prätor sie vom Rechte der postumi entlehnte.

Hiedurch gewinnen wir Anhaltspunkte, wann wir uns die Einführung der c. t. zu denken haben. Das Recht der postumi wurde besonders erst durch die lex Junia Velleja festgestellt, und so haben wir die c. t. als eine vielleicht sehr bald eingetretene Folge dieser lex aufzufassen. Aber freilich ist dies keineswegs über allen Zweifel erhoben, und es wird uns deßhalb im folgenden Kapitel noch zu genaueren Untersuchungen veranlassen. Denkbar, obgleich mir nicht wahrscheinlich, bleibt auch die entgegengesetzte Annahme, daß die c. t. schon eingeführt worden sei, als die meisten postumi noch für incertae personae gehalten wurden, daß mithin die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts gerade umgekehrt von der c. t. auf die postumi übertragen ward. Jedenfalls wird dadurch der übrige Theil unserer Beweisführungen, daß die c. t. b. p. weder für die filii oder postumi sui noch für die emancipati entstanden sein könne, sondern daß sie ihrem Grundwesen nach ein Recht der Accrescenzerben ist, nicht im Geringsten afficirt.

§. 78. Wir haben aber jetzt eine Stelle kennen zu lernen, welche der bisherigen Darstellung vollkommen entgegenzustehen scheint. Es ist das erste Fragment im Titel de c. t. b. p., in welchem ganz ex professo Wesen und Umfang der c. t. entwickelt wird, und so muß es uns allerdings als eine Hauptstelle erscheinen. Aber ich glaube sagen zu dürfen, daß ebendeßhalb es auch vorzüglich diese Stelle ist, welche so vielerlei Irrthümer in unsere Lehre gebracht und der richtigen Anschauung entgegengestanden hat. Sie lautet folgendermaßen:

Fr. 1. de c. t. b. p. — In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt. §. 1. Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo jure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex jure civili. §. 2. Haec autem clausula etiam ad postumos videtur pertinere. §. 3. Sed et si ab hostibus postliminio redierint filii, Pomponius putat, ad contra tabulas bonorum possessionem eos admitti. §. 4. Si ex tribus filiis unus ab hostibus captus sit, duobus, qui sunt in civitate, bessis bonorum possessio competit. §. 5. Idem et in postumo; nam quamdiu postumus speratur, in ea causa est, ut partem faciat. §. 6. Et sui juris factos liberos inducit in bonorum possessionem Praetor.

Das Principium sagt, die c. t. b. p. sei für die liberi aufgestellt, und gewiß ist dieß ein im Edicte selbst gebrauchter Ausdruck, den Ulpian hier nur wiederholt und genauer interpretirt. Er geht im Einzelnen den Umkreis dieser liberi durch, und hier ist nun einleuchtend, wie schon oben hervorgehoben wurde, daß er im §. 1—5 nur von den liberi sui spricht, und wir werden es auch in der Folge noch durch Anderes bestätigt finden, daß die Römer unter liberi an und für sich immer die sui verstehen. Nur wurden dann noch nebenbei die emancipati den sui gleichgestellt, und als fingirte sui mit in die b. p. c. t. inducirt, wie Ulpian im §. 6. hinzufügt. Sie werden also allerdings auch mit unter dem Wort liberi verstanden, aber als ein Nebenpunkt, und man muß keineswegs glauben, daß die Römer den Ausdruck liberi als einen allgemeinern gewählt hätten, um damit anzudeuten, daß es auf väterliche Gewalt nicht ankomme. Es ist gerade umgekehrt, unter liberi begreift man an und für sich die sui, aber die emancipati werden, weil man sich ihre cap. dim. als rescindirt denkt, dann auch mit dazu gezählt [1]). Es ist also ganz

1) Dies zeigt auch die fast wörtlich gleichlautende Darstellung Ulpians in fr. 1. §. 5. u. 6. si tab. test. null.

dasselbe, wenn man technisch sagte, die c. t. b. p. sei der gradus der liberi, oder wenn wir als das Grundprincip der c. t. die Suität hervorgehoben finden [2]), worauf dann erst die Emancipirten durch Fiction zurückgeführt werden müssen, um an dieser Klasse Theil nehmen zu können.

Lassen wir nun aber einstweilen die aus der Gewalt Getretenen bei Seite, um genauer die Darstellung zu prüfen, welche Ulpian von den sui in den §§ 1—5. giebt. Es ist einleuchtend, daß diese sich mit den Resultaten unserer bisherigen Untersuchung schlecht vereinigt; aber weil doch diese auf entschiedenen, in ihrer Aechtheit nicht zu bezweifelnden Quellenaussprüchen ruht, so muß uns das sehr natürlich auf den Gedanken bringen, ob hier nicht etwa Ulpians Worte eine wesentliche Interpolation erlitten haben. Und in der That glaube ich, daß sich diese hier, wie vielleicht kaum eine andere im Corpus Juris, mit Sicherheit nachweisen läßt. Die Veränderung, welche Justinian's Compilatoren in dieser Stelle getroffen haben müssen, ist äußerlich sehr gering und unscheinbar, aber dabei doch von der größten Bedeutung. Ulpian muß nämlich im §. 1. statt des Wortes liberi: filii geschrieben haben. — Außer dieser Veränderung haben wir aber den Compilatoren noch die Streichung eines vielleicht ziemlich weitläuftigen Satzes zuzuschreiben, der zwischen §. 5. u. 6. gestanden haben wird, und worin Ulpian ähnlich wie Gaius II. §. 124. u. 125. das Recht der Accrescenzerben auf die c. t. b. p. abhandelte. Diese beiden Behauptungen habe ich jetzt darzuthun. Es muß dies von doppelter Seite aus geschehen; es ist einestheils nachzuweisen, daß Ulpian nicht so geschrieben haben kann, wie wir es in den Digesten lesen; anderntheils, daß die angegebenen Umgestaltungen der Stelle vom Standpunkte des Justinianeischen Rechtes aus ganz nothwendig waren.

Jener erste Punkt ergiebt sich nach den bisherigen Ausführungen ziemlich von selbst. Im §. 1. ist von den sui jam

---

2) Fr. 4. §. 2. de c. t. b. p. — Ad testamenta feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet, quia suos heredes non habent.

nati die Rede. Wie kann aber Ulpian von diesen Allen gleichmäßig sagen, sie würden vom Prätor zur c. t. eo jure gerufen, welches ihnen schon das Civilrecht verleiht? Die Accrescenzerben bekommen ja eben durch den Prätor ein Recht auf die ganze Erbschaft, während das Civilrecht dies ihnen versagt, und da doch Ulpian nichts Anderes gesagt haben kann als Gajus, so muß er auch ebenso wie dieser den filius von den ceteri jam nati getrennt haben, wie er es ja auch in seinen Fragmenten genau thut [3]), und nur auf die filii paßt der von Ulpian ausgesprochene Satz, denn nur bei diesen ist die c. t. b. p. ihr ganz unverändertes Civilrecht, d. h., wie wir eben nachgewiesen haben, sie werden für ihre Person nur nominell in den Umkreis dieser Klasse mit aufgenommen.

Nur wenn wir den §. 1. lediglich auf die filii beschränken, gewinnt denn auch der §. 2. Verständlichkeit. Dieselbe [illegible] soll auch für die postumi sui gelten. Wenn nun Ulpian im §. 1. nicht bloß von den filii, sondern auch von den Accrescenzerben spräche, so käme ja der Satz heraus, daß für [illegible] sui die c. t. nichts Anderes enthielte, als was [illegible] gewährte. Wenn aber Ulpian das sagen wollte, so konnte er sich doch wahrlich kürzer ausdrücken, und [illegible] gesagt haben, weil es so entschieden [illegible]. Dagegen bekommt der §. 2. seine volle [illegible]. [illegible] im §. 1. nur vom filius die Rede war. [illegible] was beim filius gilt, finde auch [illegible] postumi [illegible] haben nur eine nominelle [illegible] wie wir dies oben schon [illegible] haben, vollkommen ihr Ci[illegible].

[illegible] §§. nur vom filius und den postumi [illegible] aber nur nun auch aus den [illegible]. [illegible] noch einmal zu den [illegible] um einen besonderen Fall hervorzuhe[illegible] aber sein Er[illegible] aus der Erbengemeinschaft zurücktrete)

gehofft, und ihm deßhalb ein Theil aufbewahrt wird. Ganz analog fügt er daran im §. 5. wieder die Worte: **Idem et in postumo.** Wenn dessen Erscheinen gehofft werde (d. h. wenn er erst nach dem Tode des Erblassers geboren wird), so nehme er ebenfalls Theil an der Succession. Darin aber liegt der Beweis, daß er im §. 2. nicht schon dasselbe gesagt haben kann, was er jetzt im §. 5. hervorhebt. Vielmehr hat er vorher ganz allgemein von den **postumi** gesprochen, sie würden **eo jure** gerufen, **quo vocantur ex jure civili**, er kann also damit nicht bloß die meinen, welche er im §. 5. noch besonders in Vergleichung mit den gefangenen Söhnen erwähnt, er muß ebenso wie die vorhandenen Söhne, so auch die schon vorhandenen **postumi** (d. h. die zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode Erschienenen) umfaßt haben.

Das Resultat ist also, daß in den §. 1—5 lediglich von der nominellen c. t. b. p. die Rede war, und für diese, wie wir sie oben untersucht haben, ist denn auch die Charakterisirung Ulpians so bezeichnend wie möglich. Sie ist ja eben nichts Anderes als die Berufung nach dem Rechte, welches dem Berufenen schon nach Civilrecht zustand. Da nun Ulpian im §. 6. gleich auf die Emancipirten kommt, so würde danach das Recht der Accrescenzerben ganz ausgelassen sein, und dies anzunehmen scheint mir bei dieser Stelle, die recht eigentlich den Umfang der c. t. b. p. entwickeln sollte, ganz unmöglich. Es kann auch nicht erst hinter den Emancipirten von ihnen die Rede gewesen sein, denn Ulpian stellt diese als erst zur c. t. Hinzugefügte dar. Von der wahren c. t. b. p., wie sie den Emancipirten zu Theil wurde, ist aber in den §. 1—5 noch gar nicht die Rede. Also kann wohl kein Zweifel sein, daß vor dem §. 6. erst noch in ähnlicher Weise, wie Gaius davon spricht, das Recht der Accrescenzerben abgehandelt worden ist. Der Gedankengang Ulpians war offenbar der: er will den Umkreis der **liberi** genauer erklären, welchen die c. t. b. p. verliehen ist. Hier mußte er nun zuerst von den **sui** sprechen, und zwar beginnt er mit denjenigen **sui**, deren c. t. sich vom Civilnotherbenrecht nicht unterscheidet. Nothwendig mußte er aber hierauf auch von denjenigen **sui** sprechen, denen die c. t. b. p. eine wesentliche Verbesserung

ihres Rechts war, und bei denen deßhalb erst von einer wahren c. t. die Rede sein konnte. Erst nachher konnte er dann zu denen übergehen, bei welchen das Grunderforderniß dieser Klasse, nämlich die Suität, nur durch eine Fiction supplirt wurde [4]). —

Hiermit scheint mir gerechtfertigt zu sein, wie unsere Stelle vor den Umgestaltungen der Compilatoren gelautet haben muß; und daran sind nun die Gründe zu knüpfen, um derentwillen Justinian die ächten Worte unmöglich beibehalten konnte.

Bekanntlich hat Justinian in der wichtigen l. 4. C. de lib. praet. das mindere Civilrecht der Accrescenzerben aufgehoben, und sie den filii sui ganz gleichgestellt. Daraus aber folgt es von selbst, daß nun auch die c. t. b. p. für sie nur noch dieselbe Bedeutung hatte, als dies von jeher für die filii der Fall war, d. h. sie wurde zu einer bloß nominellen, während nur noch für die Emancipirten die wahre c. t. b. p. bestehen blieb. Es ist nun bisher viel zu wenig beachtet, welche Rückwirkungen dies auf die ganze Justinianeische Compilation äußern mußte, von denen die Umgestaltung des fr. 1. de c. t. b. p. wahrlich nicht die einzig erkennbare ist.

Das Bild, wonach die Schriften der Juristen in den Digesten excerpirt werden mußten, liefert uns der Titel der Institutionen de exheredatione liberorum. Hier ist bis zum §. 3. vom Notherbenrechte sämmtlicher sui die Rede nach den

4) Es wird wohl Niemand einwenden wollen, daß Ulpian in den Fragmenten XXII. 14—23. das Recht der Accrescenzerben auf die c. t. ebenfalls nicht erwähne, sondern nach Darstellung des Civilnotherbenrechts der sui lediglich von der c. t. der emancipati spreche. So könne er es ja nun auch hier im fr. 1. de c. t. b. p. gemacht haben. — Ich glaube aber kaum ernstlich mich auf Widerlegung dieses Widerspruchs einlassen zu brauchen. Es handelt sich hier von Ulpians weitläuftigem Edictscommentar, die c. t. b. p. sollte hier vollständig erörtert werden, und wenn nun gar erst die c. t. der filii und postumi hervorgehoben wird, so kann doch Ulpian unmöglich gerade die sui ausgelassen haben, die nicht eo jure vocantur, quo vocantur ex jure civili, die also Hauptpersonen für die c. t. b. p. sind.

drei Klassen der filii, der Accrescenzerben und der postumi. Von einer selbständige Rechte gewährenden c. t. b. p. ist bei allen diesen Personen gar nicht die Rede, obgleich doch sonst auch Justinian von der nominellen c. t. der sui spricht [5]). Vielmehr wird des Accrescenzerbenrechtes nur als einer Antiquität gedacht, und das, was Gaius über ihre c. t. b. p. sagt, wurde gestrichen. Zeichen genug, daß Justinian die ceterae liberorum personae dem filius ganz gleich behandelt wissen will, also im Fall ihrer Präterition Nichtigkeit des Testaments und Intestatsuccession eintreten soll. Erst im §. 3. kommt er dann auf die c. t. b. p. als ein für die emancipati bestehendes Institut.

Hieraus erklärt sich nun vollkommen die Gestalt zweier in diese Lehre schlagender Pandektentitel. Der eine ist der de liberis et postumis. (XXVIII. 2). Liest man denselben durch, so findet man immer nur Stellen, welche vom filius und von den postumi reden, sehr natürlich, denn das, was die Römischen Juristen über die Accrescenzerben sagten, konnte nicht mit excerpirt werden, und Justinian zeigt es schon durch den Titel an, daß, was die Stellen vom filius sagen, überhaupt von allen liberi gelten soll. Der andere Titel ist eben unserer de c. t. b. p. Es ist darin nur sehr wenig von der nominellen c. t. des filius und der postumi die Rede, eben weil er ja vorzugsweise von der wahren c. t. handeln sollte. Von den Accrescenzerben aber ist nun wieder hier eben so wenig zu finden, als im Titel de liberis et postumis, weil die davon handelnden Stellen der Römischen Juristen, in Folge des genauen Zusammenhangs mit dem civilen Accrescenzerbrecht, zur Aufnahme nicht geeignet waren. Daher kommt es, daß als Subjecte der c. t. b. p. vorherrschend nur die emancipati vorkommen, und so ist denn der Gedanke auch freilich sehr erklärlich, daß man das Ganze für ein hauptsächlich um ihretwillen eingeführtes Institut ansehen zu müssen glaubte. Aber wir dürfen, da wir jetzt klarer sehen können, nie vergessen, daß in der Justinianeischen Gestalt die ganze eine Hälfte der zur c. t. berechtigten Personen hinweggefallen

5) §. 12. I. de her. quae ab int.

ist. Hiernach verstand es sich denn auch von selbst, daß ebenso wie schon der Titel **de liberis et postumis** die Justinianeische Veränderung anzeigt, so auch in fr. 1. §. 1. das von Ulpian geschriebene Wort **filii** mit **liberi** zu vertauschen war. Vielleicht sind auch noch die Worte: **eoque ordine** eine Interpolation. Wenn sie Ulpian geschrieben hat, so muß er damit eigentlich nur pleonastisch gemeint haben, die **filii** würden nach demselben Recht und nach den Grundsätzen desselben **ordo (unde liberi)** gerufen, als sie schon nach Civilrecht die Erbschaft erhalten. Da aber **ordo** im Sinn von „Erbklasse" bei den Römern nicht gebräuchlich war, sie vielmehr dafür das Wort **gradus** nehmen, so ist es wohl wahrscheinlicher, daß erst Justinian, indem er den **filii** die übrigen **sui** gleichstellt, zu den Ulpianschen Worten **eo jure** noch das **eoque ordine** hinzusetzte, um damit gleich die naheliegende Frage zu entscheiden, in welcher Ordnung sie zur Succession berufen sein sollen.

§. 79. Unser Satz, daß die c. t. b. p. ihrem Grundwesen nach ein für die **sui** aufgestelltes Institut ist, um das Recht der Accrescenzerben mit dem des **filius** und der **postumi** auszugleichen, scheint mir durch die bisherige Untersuchung bewiesen zu sein. Ich habe daran gleich die Darstellung zweier Nebeninstitute der b. p. zu fügen, die wir in unseren Quellen gerade in engerer Verbindung mit c. t. verknüpft finden. Ich meine die **missio ventris nomine** und die **b. p. Carboniana**. Beide Lehren sind neuerdings trefflich dargestellt worden von Bachofen [1]), und es kann mir nicht in den Sinn kommen, das von diesem Schriftsteller Gegebene, soweit ich es billige, hier wiederholen zu wollen. Aber von dem Zusammenhange dieser Institute mit der c. t. b. p. habe ich noch Genaueres anzufügen, das eines theils zur Erklärung der Lehren selbst, andern theils auch zur weitern Durchführung der bisher gewonnenen Resultate mir nöthig scheint.

---

1) Pfandrecht I. S. 327—362.

1. Die missio ventris nomine.

Es ist eine sehr verbreitete Ansicht, daß diese missio nothwendig mit der c. t. b. p. zusammenhänge, so daß man sich das Bestehen der ersteren ohne das der letzteren nicht wohl denken könne. So hat Huschke aus dem Vorkommen der missio auf die Einführungszeit der c. t. b. p. geschlossen [2]), und auch Bachofen meint, sie sei, ausschließlich im Anfange mit der c. t. b. p. zusammenhängend, erst später auf andere partes edicti ausgedehnt worden. Die Gründe hiefür sind hauptsächlich die Stellung dieser Lehre in den Digesten, so wie auch gleich das fr. 1. pr. de ventre in poss. mitt.:

Sicut liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem, vice contra tabulas bonorum possessionis.

Bachofen aber bemerkt mit Recht, daß wir nicht einen eigenen Abschnitt im Edicte hiefür annehmen dürfen, denn es wird uns entschieden berichtet, daß auf die prima pars edicti (von der c. t. b. p.) sogleich als secunda pars das Carbonianum edictum folgte [3]). Und dies zeigt auch die eben angeführte Stelle: „auch bei dieser pars des Edictes, nämlich bei der c. t. b. p., schütze der Prätor die noch nicht Geborenen." Also mag wohl in einer kurzen Nebenbemerkung im Edicte der c. t. b. p. von der missio ventris nomine die Rede gewesen sein. Indessen enthalten die Worte et hac parte edicti bereits die Hindeutung, daß dieselbe Berücksichtigung der postumi auch bei den übrigen partes edicti statt findet, und dies ist ja bekanntlich ganz entschieden der Fall [4]).

2) Richtersche Jahrb. 1839. Heft I. S. 18.

3) Fr. 4. de Carb. ed.

4) Fr. 10. de ventre in poss. — Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus jam erit, potest agnoscere bonorum possessionem. Nam et ventrem Praetor ex omnibus edicti partibus mittit in possessionem bonorum, non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessioem. Fr. 1. §. 5. ad Sc. Tertull.

feinere Beziehungen ans Licht bringen, in denen wir die Anknüpfung des Prätorischen Institutes an das civile Recht der Accrescenzerben erkennen können.

Soviel erhellt schon aus dem bisher Gesagten, daß, während wir die nominelle c. t. b. p. nicht einmal eine **confirmandi jur. civ. causa proposita** nennen konnten, die wahre den Accrescenzerben gegebene allerdings einen correctorischen Charakter hat. Denn dadurch werden ja, wie Gaius sagt, die **extranei a tota hereditate** repellirt. Aber es leuchtet auch genügend ein, daß die Correction hier vollkommen zurück tritt gegen die Emendation, die das Civilrecht von der anderen Seite erhielt. Es war eine **juris iniquitas**, daß das Geborensein vor oder nach dem Testamente einen Unterschied im Notherbenrechte machen sollte. Und daher erklärt sich, daß Gaius der Correction auch hier gar nicht gedenkt, sondern, gerade weil er ganz davon schweigt, offenbar die Prätorische Rechtsänderung als eine sehr natürliche Ausgleichung mit dem auffaßt, was für die übrigen **sui** schon nach Civilrecht festgestellt war. Hierin aber liegt die Voraussetzung, daß dies Civilrecht auch wirklich schon so gestaltet war, um das mindere Recht der Accrescenzerben als eine **juris iniquitas** erscheinen zu lassen. Es läßt sich nicht wohl denken, daß, als die **postumi** überhaupt noch nicht einmal instituirt oder exheredirt werden konnten, der Prätor schon auf Einführung der c. t. gekommen wäre. Wir müßten dann annehmen, er habe die ganze Rechtsentwicklung, welche die Ausgleichung des Rechts sämmtlicher **sui** zum Ziel hatte, begonnen. Und das würde viele Bedenken gegen sich haben. So lange die **postumi** als **incertae personae** mit den **sui jam nati** noch gar nicht verglichen werden konnten, war dies verschiedene Recht des **filius** und der **ceterae liberorum personae** nach dem von Alters her zwischen Beiden angenommenen Unterschiede noch gar nichts Auffallendes; und diesen Unterschied ohne weitere Veranlassung einzureißen, scheint mir nicht im Wesen der Prätorischen, eigentlich nur auf Emendationen ausgehenden Thätigkeit zu liegen. Erst als dem Rechte der **postumi** gleicher Charakter mit dem der **sui** gegeben war, d. h. seitdem sie instituirt oder exheredirt werden konnten, mußte es in die Augen fallen, daß

gar kein Grund mehr vorläge, einen Unterschied danach zu machen, ob der suus vor oder nach dem Testament geboren sei. Und so konnte man erst nach der Feststellung des Rechts der postumi auf eine Verbesserung des Rechts der Accrescenzerben aufmerksam werden. Hier war es natürlich, daß der Prätor eingriff, um eine Rechtsentwicklung fortzusetzen, die durch civilrechtliche Organe begonnen war. So erst erklärt sich, daß wir bei der c. t. die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts rücksichtlich der Exheredation finden, indem der Prätor sie vom Rechte der postumi entlehnte.

Hiedurch gewinnen wir Anhaltspunkte, wann wir uns die Einführung der c. t. zu denken haben. Das Recht der postumi wurde besonders erst durch die lex Junia Velleja festgestellt, und so haben wir die c. t. als eine vielleicht sehr bald eingetretene Folge dieser lex aufzufassen. Aber freilich ist dies keineswegs über allen Zweifel erhoben, und es wird uns deßhalb im folgenden Kapitel noch zu genaueren Untersuchungen veranlassen. Denkbar, obgleich mir nicht wahrscheinlich, bleibt auch die entgegengesetzte Annahme, daß die c. t. schon eingeführt worden sei, als die meisten postumi noch für incertae personae gehalten wurden, daß mithin die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts gerade umgekehrt von der c. t. auf die postumi übertragen ward. Jedenfalls wird dadurch der übrige Theil unserer Beweisführungen, daß die c. t. b. p. weder für die filii oder postumi sui noch für die emancipati entstanden sein könne, sondern daß sie ihrem Grundwesen nach ein Recht der Accrescenzerben ist, nicht im Geringsten afficirt.

§. 78. Wir haben aber jetzt eine Stelle kennen zu lernen, welche der bisherigen Darstellung vollkommen entgegenzustehen scheint. Es ist das erste Fragment im Titel de c. t. b. p., in welchem ganz ex professo Wesen und Umfang der c. t. entwickelt wird, und so muß es uns allerdings als eine Hauptstelle erscheinen. Aber ich glaube sagen zu dürfen, daß ebendeßhalb es auch vorzüglich diese Stelle ist, welche so vielerlei Irrthümer in unsere Lehre gebracht und der richtigen Anschauung entgegengestanden hat. Sie lautet folgendermaßen:

feinere Beziehungen ans Licht bringen, in denen wir die Anknüpfung des Prätorischen Institutes an das civile Recht des Accrescenzerben erkennen können.

Soviel erhellt schon aus dem bisher Gesagten, daß, während wir die nominelle c. t. b. p. nicht einmal eine confirmandi jur. civ. causa proposita nennen konnten, die [illegible] den Accrescenzerben gegebene allerdings einen correctorisch[illegible] Charakter hat. Denn dadurch werden ja, wie Gaius [illegible] die extranei a tota hereditate repellirt. Aber es leuchtet [illegible] genügend ein, daß die Correction hier vollkommen zurück[illegible] gegen die Emendation, die das Civilrecht von der [illegible] Seite erhielt. Es war eine juris iniquitas, daß das Ge[illegible]rensein vor oder nach dem Testamente einen Unterschied [illegible] Notherbenrechte machen sollte. Und daher erklärt sich, [illegible] Gaius der Correction auch hier gar nicht gedenkt, sondern, gerade weil er ganz davon schweigt, offenbar die Prätorische Rechtsänderung als eine sehr natürliche Ausgleichung mit dem auffaßt, was für die übrigen sui schon nach Civilrecht festgestellt war. Hierin aber liegt die Voraussetzung, daß dies Civilrecht auch wirklich schon so gestaltet war, um das [illegible] Recht der Accrescenzerben als eine juris iniquitas er[illegible] zu lassen. Es läßt sich nicht wohl denken, daß, [illegible] stumi überhaupt noch nicht einmal instituirt [illegible] werden konnten, der Prätor schon auf Ein[illegible] gekommen wäre. Wir müßten dann annehm[illegible] ganze Rechtsentwicklung, welche die Ausgle[illegible] sämmtlicher sui zum Ziel hatte, begonne[illegible] viele Bedenken gegen sich haben. So la[illegible] incertae personae mit den sui jam [illegible] glichen werden konnten, war dies versch[illegible] und der ceterae liberorum personae [illegible] her zwischen Beiden angenommenen Unter[illegible] Auffallendes; und diesen Unterschied [illegible] einzureißen, scheint mir nicht im [illegible] gentlich nur auf Emendationen [illegible] gen. Erst als [illegible] dem der [illegible] heredirt

p. sei der
princip der
dann erst
en müssen,

Gewalt Ge=
zu prüfen,
iebt. Es ist
unserer bishe=
doch diese auf
zweifelnden Quel=
natürlich auf den
pians Worte eine
Und in der That
weicht kaum eine an=
nachweisen läßt. Die
atoren in dieser Stelle
hr gering und unschein=
pten Bedeutung. Ulpian
rtes liberi: filii geschrie=
änderung haben wir aber den
g eines vielleicht ziemlich weit=
der zwischen §. 5. u. 6. ge=
rin Ulpian ähnlich wie Gaius II.
der Accrescenzerben auf die c. t.
beiden Behauptungen habe ich jetzt
eies von doppelter Seite aus geschehen;
uweisen, daß Ulpian nicht so geschrieben
ir es in den Digesten lesen; anderntheils,
nen Umgestaltungen der Stelle vom Stand=
manischen Rechtes aus ganz nothwendig wa=

Punkt ergiebt sich nach den bisherigen Aus=
von selbst. Im §. 1. ist von den sui jam

t. b. p. — Ad testamenta feminarum edi-
is bonorum possessionis non pertinet, quia
on habent.

dienlich, und wir werden daraus leicht ableiten können, wie wir uns überhaupt ihre Verbindung mit der c. t. b. p. zu denken haben.

Ich glaube allerdings nicht, daß die missio gleich anfangs in der Ausdehnung aufgestellt worden sei, welche sie später hatte, und das Bisherige zeigt uns wohl genügend an, wo wir den Ursprung des Institutes zu suchen haben. Es war ursprünglich nur ein Recht der sui, und daß der Prätor zu ihrem Besten darauf kam, die väterliche Erbschaft in dieser Weise ihnen zu bewahren, ist doch auch so erstaunlich natürlich. Und diese seine ursprüngliche Gestalt hat das Institut trotz der weiteren Ausdehnungen doch eigentlich noch vollkommen bewahrt. Eine ganz volle Uebertragung haben die Römer nur bei den emancipirten Kindern zugelassen, weil diese rescissa emancipatione als sui fingirt wurden. Bei den übrigen Klassen dagegen hat nur eine limitirte Anwendung statt gefunden. Das Princip war ja, daß es sich um den zukünftigen dominus bonorum handele, und dieser alimentirt werden müsse, wogegen es nicht in Betracht kommen solle, daß vielleicht hinterdrein die ganze Hoffnung vereitelt würde, und mithin unnütze impendia gemacht worden seien.

Diesen vollen Begriff der Mission hat man stets nur für die Kinder anerkannt, auf die übrigen Erbberechtigten wurde bloß der Satz ausgedehnt, daß dem noch nicht Geborenen sein Theil aufbewahrt werden solle, ja auch mit Hinzuziehung der Grundsätze des Carbonianum edictum, daß ein etwaiger Proceß über den status bis zur Legitimität aufzuschieben sei. Aber von Alimentation soll hier nicht die Rede sein, und deßhalb wird auch eine solche missio, die hier ganz mit der Carboniana b. p. in Eins zusammenschmilzt, ohne alle causae cognitio ertheilt. Letztere, und mithin die eigentliche missio, tritt nur ein, wo der venter cum liberis admittitur [9]). Deßhalb sagt denn auch Ulpian, daß bei der sec. tab. b. p. ein extraneus postumus institutus nur mittirt werde, wenn die mater aliunde se alere non possit [10]).

9) Fr. 7. pr. §. 1. de ventre.
10) Fr. 6. eod.

Hiernach ist aber der Rückschluß wohl unzweifelhaft, daß, da die Suität das eigentliche Grundprincip der Mission ist, ihre Verbindung mit c. t. b. p., wie wir sie in den Quellen finden, nur eine äußerliche ist, nicht aber, daß wir uns ohne die c. t. das Bestehen der missio gar nicht denken könnten. Dies zeigt sich auch noch sehr deutlich zur Zeit Ulpians. Die Verbindung beider ist nur eine negative, indem der suus, welcher auf alle Fälle von der c. t. ausgeschlossen, d. h. exheredirt ist, auch keinen Anspruch auf die missio hat. Ulpian sagt dies in dem vorher mitgetheilten fr. 1. §. 2. ausdrücklich. Dagegen das positive Erforderniß der c. t., daß er präterirt sein müsse, ist gar nicht nöthig, und es ist gewiß keine erst spätere Ausdehnung, daß man die sui auch wenn sie instituirt waren, oder ab intestato mittirte [11]). Ferner ist wohl zu bemerken, daß, selbst wenn der suus präterirt war, er gar nicht nöthig hatte, hinterdrein, wie das bei allen Uebrigen, namentlich den emancipati, der Fall war, noch eine b. p. zu erbitten [12]). Also für denjenigen, der dominus bonorum futurus est, steht die missio in gar keiner nothwendigen Verbindung mit der Agnition einer b. p.; sie steht ihm frei, und kann je nach den einzelnen Fällen eine c. t. sec. tab., oder ab intestato bon. poss. sein, aber sie kann, da ihm die Erbschaft ipso jure zufällt, auch unterbleiben, und er steht dann doch der folgenden Klasse entgegen.

Es bedeutet also die Verbindung mit der c. t. nur so viel, daß jeder suus, dem die c. t. deferirt wird, falls er noch nicht geboren ist, die missio veranlassen kann, aber die missio kann auch eintreten, wenn dem suus nach seiner Geburt eine andere Klasse der b. p. deferirt wird. Mithin ist das Gebiet der missio weiter, aber da sie doch beide darin völlig übereinstimmen, daß sie den sui non exheredati gegeben werden, so war es sehr natürlich, daß die Römer die missio der sui gleich an die c. t. b. p., seitdem diese über-

11) Fr. 6. pr. de inoff. test.

12) Fr. 2. §. 11. ad SC. Tert. — Et puto non nocere, si non suus patri agnascitur; neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem.

ihres Rechts war, und bei denen deßhalb erst von einer wahren c. t. die Rede sein konnte. Erst nachher konnte er dann zu denen übergehen, bei welchen das Grunderforderniß dieser Klasse, nämlich die Suität, nur durch eine Fiction supplirt wurde [4]). —

Hiermit scheint mir gerechtfertigt zu sein, wie unsere Stelle vor den Umgestaltungen der Compilatoren gelautet haben muß; und daran sind nun die Gründe zu knüpfen, um derentwillen Justinian die ächten Worte unmöglich beibehalten konnte.

Bekanntlich hat Justinian in der wichtigen l. 4. C. de lib. praet. das mindere Civilrecht der Accrescenzerben aufgehoben, und sie den filii sui ganz gleichgestellt. Daraus aber folgt es von selbst, daß nun auch die c. t. b. p. für sie nur noch dieselbe Bedeutung hatte, als dies von jeher für die filii der Fall war, d. h. sie wurde zu einer bloß nominellen, während nur noch für die Emancipirten die wahre c. t. b. p. bestehen blieb. Es ist nun bisher viel zu wenig beachtet, welche Rückwirkungen dies auf die ganze Justinianeische Compilation äußern mußte, von denen die Umgestaltung des fr. 1. de c. t. b. p. wahrlich nicht die einzig erkennbare ist.

Das Bild, wonach die Schriften der Juristen in den Digesten excerpirt werden mußten, liefert uns der Titel der Institutionen de exheredatione liberorum. Hier ist bis zum §. 3. vom Notherbenrechte sämmtlicher sui die Rede nach den

4) Es wird wohl Niemand einwenden wollen, daß Ulpian in den Fragmenten XXII. 14—23. das Recht der Accrescenzerben auf die c. t. ebenfalls nicht erwähne, sondern nach Darstellung des Civilnotherbenrechts der sui lediglich von der c. t. der emancipati spreche. So könne er es ja nun auch hier im fr. 1. de c. t. b. p. gemacht haben. — Ich glaube aber kaum ernstlich mich auf Widerlegung dieses Widerspruchs einlassen zu brauchen. Es handelt sich hier von Ulpians weitläuftigem Edictscommentar, die c. t. b. p. sollte hier vollständig erörtert werden, und wenn nun gar erst die c. t. der filii und postumi hervorgehoben wird, so kann doch Ulpian unmöglich gerade die sui ausgelassen haben, die nicht eo jure vocantur, quo vocantur ex jure civili, die also Hauptpersonen für die c. t. b. p. sind.

drei Klassen der filii, der Accrescenzerben und der postumi. Von einer selbständige Rechte gewährenden c. t. b. p. ist bei allen diesen Personen gar nicht die Rede, obgleich doch sonst auch Justinian von der nominellen c. t. der sui spricht [5]). Vielmehr wird des Accrescenzerbenrechtes nur als einer Antiquität gedacht, und das, was Gaius über ihre c. t. b. p. sagt, wurde gestrichen. Zeichen genug, daß Justinian die ceterae liberorum personae dem filius ganz gleich behandelt wissen will, also im Fall ihrer Präterition Nichtigkeit des Testaments und Intestatsuccession eintreten soll. Erst im §. 3. kommt er dann auf die c. t. b. p. als ein für die emancipati bestehendes Institut.

Hieraus erklärt sich nun vollkommen die Gestalt zweier in diese Lehre schlagender Pandektentitel. Der eine ist der de liberis et postumis. (XXVIII. 2). Liest man denselben durch, so findet man immer nur Stellen, welche vom **filius** und von den postumi reden, sehr natürlich, denn das, was die Römischen Juristen über die Accrescenzerben sagten, konnte nicht mit excerpirt werden, und Justinian zeigt es schon durch den Titel an, daß, was die Stellen vom filius sagen, überhaupt von allen **liberi** gelten soll. Der andere Titel ist eben unserer de c. t. b. p. Es ist darin nur sehr wenig von der nominellen c. t. des filius und der postumi die Rede, eben weil er ja vorzugsweise von der wahren c. t. handeln sollte. Von den Accrescenzerben aber ist nun wieder hier eben so wenig zu finden, als im Titel de liberis et postumis, weil die davon handelnden Stellen der Römischen Juristen, in Folge des genauen Zusammenhangs mit dem civilen Accrescenzerbrecht, zur Aufnahme nicht geeignet waren. Daher kommt es, daß als Subjecte der c. t. b. p. vorherrschend nur die emancipati vorkommen, und so ist denn der Gedanke auch freilich sehr erklärlich, daß man das Ganze für ein hauptsächlich um ihretwillen eingeführtes Institut ansehen zu müssen glaubte. Aber wir dürfen, da wir jetzt klarer sehen können, nie vergessen, daß in der Justinianeischen Gestalt die ganze eine Hälfte der zur c. t. berechtigten Personen hinweggefallen

5) §. 12. I. de her. quae ab int.

Klassen, worin diese **liberi** überhaupt gerufen werden (also **unde liberi**, ferner in der ersten Klasse der **legitimi**, endlich **unde cognati**), das **Carbonianum edictum** eintreten kann [4]). Es findet sich also hier genau derselbe Zusammenhang mit der **c. t. b. p.**, welchen wir im vorigen § für die ursprüngliche und eigentliche **missio ventris nomine** nachgewiesen haben. Es wird damit nur ausgedrückt, daß man hier von denselben **liberi** spreche, wie bei der **c. t.**, und daß diese **liberi** nicht exheredirt sein dürfen [5]).

Unter diesen **liberi** verstehen aber die Römer, wie wir nun schon mehrfach gesehen haben, an und für sich nur die **sui**, so daß sie es gar nicht für unnöthig halten, noch besonders hinzuzufügen, die **emancipati** seien den **sui** gleichgestellt worden. Nun scheint es mir aber von großer Bedeutung, daß sich eine solche Stelle, wie **fr. 1. §. 6. de c. t. b. p.** und **fr. 1. §. 11. de ventre in poss.**, im Titel **de Carbon. ed.** gar nicht findet, ja noch viel mehr, daß überhaupt in diesem ganzen Titel gar kein Fall erwähnt wird, wo einer Person, deren Ausgetretensein aus der Gewalt des Erblassers feststände, deren cognatisches Kindesrecht aber bestritten würde, eine **b. p. Carboniana** gegeben wäre [6]). Vielmehr sieht man aus der häu-

---

4) Fr. 3. pr. h. t. — Carbonianum edictum aptatum est ad contra tabulas bonorum possessionem, et intestati, quum et in secundum tabulas in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum, veluti si paterfamilias ita instituerit: postumus heres esto, vel: postuma heres esto, et negetur esse verum, quod in testamento scriptum est. Fr. 6. §. 2. eod. — Huic autem edicto locus est, etiamsi ab intestato ad bonorum possessionem veniant liberi, tametsi ex inferioribus partibus petant: qua legitimi vocantur, quoniam sui sunt, (d. h. wenn sie nach Versäumung der Klasse unde liberi, im ordo unde legitimi als sui die b. p. erbitten), vel ex illa, quae cognatis datur.

5) Fr. 20. de inoff. — Außer natürlich, wenn diesen Exheredirten doch der Weg zur Succession dadurch eröffnet wird, daß ein präterirter Bruder die Intestaterbfolge eröffnet oder sonst sich das Testament als nichtig erweist. Fr. 7. §. 6 h. t.

6) Fabricius (b. p. S. 182. Not. 265.) beruft sich für das Gegentheil auf fr. 7. pr. §. 1. und fr. 8. §. 1. h. t.; aber es bedarf wohl

sig wiederkehrenden Bezeichnung des Erblassers durch paterfamilias, und überhaupt aus der Fassung jeder einzelnen Stelle, daß die Römischen Juristen unter den liberi hier lediglich die sui verstehen. Ja in fr. 8. §. 1. h. t. wird ausdrücklich das filium esse und das in potestate patris esse getrennt, und auch wenn nur Letzteres zweifelhaft sei, die b. p. Carboniana zugelassen.

> Item si emancipatus decessit intestato, superstite filio impubere, qui se ei suum esse dicit, ego contendo ante emancipationem conceptum, atque ideo in mea potestate esse, et bona emancipati ad me pertinere; et quidem hunc filium esse constat, sed hactenus de statu ejus quaeritur, in potestate patris fuerit nec ne? Sententia tamen edicti procul dubio ex Carboniano admittitur.

Aber hierin liegt doch der deutliche Beweis, daß eben das Bestrittenwerden des status eines suus die regelmäßige Voraussetzung des Edictes ist.

Wir haben nun die Gründe und Folgerungen dieser Beschränkung der Carboniana possessio auf die sui näher in's Auge zu fassen.

Zuerst leuchtet ein, daß ein aus der Gewalt Getretener

---

keiner Ausführung, daß es sich hier lediglich um die Frage handelt, ob Jemand suus sei oder nicht. Dagegen müßten wir hier einen Fall haben, wo es feststeht, daß die zu mittirende Person sui juris sei, aber ihre Abstammung vom Erblasser bestritten wird. Die einzige Andeutung davon könnte man (so viel ich sehe), in fr. 20. de inoff. finden wollen: toties enim ea indulgenda est, quoties, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor. Man müßte hier unter dem Letzteren einen filius verstehen, der aber nicht heres, sondern lediglich b. possessor wäre, und damit den emancipatus meinen. Aber abgesehen, daß dies in den Worten gar nicht sicher liegt, so ist jedenfalls die Beziehung auf den emancipatus durch gar nichts gefordert. Es giebt sui, die lediglich durch die b. p. zur Erbschaft gelangten (fr. 1. §. 4. de Carb. ed.) und auch die Accrescenzerben bekamen ja durch die c. t. b. p. erst einen Anspruch auf die tota hereditas.

beim Carb. ed. nur in singulären Fällen überhaupt denkbar ist. Bei einem Kinde ersten Grades scheint es kaum möglich, daß, wenn der Vater es anerkanntermaßen vor dem vierzehnten Jahre emancipirt hat, demselben sein Kindesverhältniß sollte angefochten werden können. Denn durch die Emancipation hat ja doch der Vater das Kind als das **seinige** anerkannt, und es müßte ein sehr complicirter Fall angenommen werden, wenn hier doch Jemand z. B. die Unterschiebung des Kindes behaupten wollte. Denkbarer wird der Fall, wenn man einen Descendenten entfernteren Grades annimmt; also z. B. der Vater den Sohn emancipirt hatte, von dem nun ein nach der Emancipation concipirter unmündiger Enkel, nachdem der Sohn schon gestorben ist, auf die großväterliche Erbschaft Anspruch macht. Wenn man nun ihm gegenüber die Unterschiebung behauptete, und so war ihm allerdings die sofortige Zulassung mittelst der Carboniana praesumtio von großem Interesse. Sollten wir nun diese hier läugnen können, weil sie für diesen Fall in den Quellen nicht erwähnt wird? Ich glaube dies keineswegs, da man sie ja sogar den Kindern in Beziehung auf die materna hereditas zugestanden hat, aber freilich meine ich, daß man den emancipatus ebensosehr als die Kinder rücksichtlich der mütterlichen Erbschaft von dem eigentlichen Gebiete der missio Carboniana, bei der die Römer immer sui vor Augen hatten, sondern müsse. Dies wird aus Folgendem hervorgehen.

Daß die Carboniana b. p. ein **decretum** des Prätors voraussetzt, leidet keinen Zweifel. Die Römer nennen ihre Ertheilung kurzweg das Carbonianum decretum [7]). Sie enthält ein außerordentliches Eingreifen der Prätorischen Machtvollkommenheit. Das Kind soll einstweilen als rechtmäßiges präsumirt werden, ohne daß aber dadurch der Wahrheit präjudicirt würde, welche nach dem Eintreten des Kindes in die Pubertät genauer untersucht werden muß. Es fragt sich nur, in wie weit diese Ertheilung der Carb. b. possessio eine Veränderung in den gewöhnlichen Regeln hervorbringt, nach

---

7) Fr. 7. pr. §. 4. §. 6. h. t.

welchen das Erbrecht, das civile wie das Prätorische, realisirt zu werden pflegt.

Hier finden wir nun, daß das Prätorische Erbsystem und die Grundsätze des successorium edictum durch die Carb. possessio gar nicht afficirt werden, und ebendeßhalb muß der missus, wenn er die weitere Delation der b. p. sistiren will, selbst daneben die ordinaria b. p., die ihm ja immer deferirt ist, agnosciren [8]. Dies erklärt sich leicht aus dem allgemeinen Begriff der b. p., bei welcher die Römischen Juristen eine wo möglich rasche Erbschafts-Regulirung stets hervorhoben [9], die doch jetzt neben der ganz interimistischen Carbon. possessio schon ebenso erledigt werden kann, als später. Dagegen die Frage über die Civilerbschaft muß einstweilen sistirt werden. In dem Falle, von dem die Römischen Juristen immer sprechen, nämlich wenn es sich um einen suus handelt, ist ja dieser, falls ihm sein status mit Unrecht bestritten wird, der heres, und ihm steht die hereditatis petitio zu. Im entgegengesetzten Fall dagegen ist der Gegner der heres. Man weiß also noch gar nicht, wer der civilrechtliche Erbe sei, und dies muß erst durch die Anstellung der her. petitio, welche jeder von Beiden unternehmen kann, zur Entscheidung gebracht werden. Wegen der Impubertät des einen Theils soll aber dieser Erbschaftsproceß einstweilen noch gar nicht statt finden. Man nimmt nun heutzutage gewöhnlich an, daß die Carboniana possessio deßhalb eine decretalis sei, weil der Prätor der Ertheilung eine causae cognitio, und zwar eine doppelte vorausgehen lasse [10]. Indeß muß ich dies durchaus läugnen. Wir werden später noch allgemeiner den Satz festzustellen haben, daß zwischen den causae cognitiones und dem decretum an und für sich gar kein directer Zusammenhang statt findet. Die causae cognitiones können sich auch lediglich darauf be-

8) Fr. 3. §. 15. h. t. Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum Carbonianam b. p. accipere, verum etiam ordinariam agnoscere.

9) Fr. 1. de bon. poss. furioso. — »Ne bona jaceant.« Bd. I. S. 386. Not. 3.

10) Fr. 1. pr. fr. 3. §. 5. h. t.

ziehen, ob die Voraussetzungen des Edictes vorhanden sind, und die Entscheidung des Prätors ist hier entweder datio oder denegatio bonorum possessionis [11]). Dies nennen dann aber die Römer keineswegs ein Decretum, sonst müßte ja jede ertheilte b. p. eine decretalis sein, vielmehr hat eine wahre decretalis b. p. noch immer ganz besondere Voraussetzungen. Das können wir auch hier bei der Carboniana erkennen, bei der es sehr deutlich hervortritt, daß die causae cognitio und das Decretum zwei ganz verschiedene Dinge sind, und wahrlich nicht bloß, weil jene vorgenommen wird, Letzteres eintritt. Dies erhellt aus fr. 6. pr. h. t.

> De bonis matris an decretum interponendum sit quaeritur. Et decretum quidem non est interponendum, dilatio autem longissima danda est, quae in tempus pubertatis extrahet negotium.

Wenn hier der Prätor den Streit über die Rechtmäßigkeit des Kindes bis zur Pubertät aufschiebt, so kann doch kein Zweifel sein, daß er dieselben causae cognitiones anstellt, welche überhaupt bei der missio Carboniana statt finden [12]). Dennoch soll hier das sollenne decretum nicht interponirt werden, weil überhaupt die maternae hereditates außerhalb des eigentlichen Gebietes unserer Lehre liegen. Wenn aber hier das decretum unterblieb, so scheint es mir noch viel weniger bei einem Emancipirten rücksichtlich des väterlichen oder großväterlichen Vermögens gedacht werden zu können.

Ich wüßte keinen Grund, weßhalb an und für sich zur Ertheilung der Carboniana b. p., wenn man sie bloß aus dem Gesichtspunkte einer interimistischen Besitzesverleihung be-

---

11) Fr. 10. h. t.

12) Noch viel weniger ist ein Decret denkbar, wenn nach fr. 7. §. 1. de ventre in poss. im ordo unde legit. der Streit bis zur Pubertät aufgeschoben wird, weil hier gar nicht einmal die possessio ertheilt wird, also auch die vorgängige causae cognitio wegfällt. — Nicht zu verwechseln mit dem Fall der materna hereditas, wenn über den status des Kindes Zweifel bestehen, ist der andere, §. 76. Note 3. erwähnte (fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.), wenn der status der Mutter ungewiß ist. Hier bedarf es nämlich, um dem Kinde sein Recht zu bewahren, eines decretum.

trachtet, mehr als zu jeder anderen b. p. ein decretum nöthig sein sollte. Alle b. possessiones sind einstweilige Constituirungen eines possessor, über das Recht eines heres wird dadurch an und für sich gar nicht entschieden, es hängt von weiteren Umständen ab, ob die b. p. cum oder sine re sein werde. Wenn also beim Carbonianum edictum nichts Weiteres in Betracht käme, so müßte die Erlassung eines decretum hier eine ganz unerklärliche Singularität sein, denn das Institut ist doch im Edicte vollkommen regulirt, und es kann also nicht deßhalb von einer decretalis b. p. gesprochen werden, weil hier über die Grenzen des Edicts hinaus der Prätor b. p. ertheilte.

Wenn wir aber, wie auch die Quellen thun, bei der Carb. b. p. einen suus voraussetzen, so liegt der Erklärungsgrund, weßhalb hier ein besonderes decretum nöthig war, nahe genug. Falls der zu mittirende suus wirklich ein legitimes Kind ist, so steht ihm das civile Erbrecht zu. Ein Gegner aber bestreitet seinen status, und behauptet deßhalb, er selbst sei der heres. Es muß hier also nothwendig zur hereditatis petitio kommen [13]), mag nun der Eine oder der Andere die klägerische Rolle übernehmen. Aber nun interponirt sich der Prätor; indem er die Carboniana ertheilt, entscheidet er gleichsam den Erbschaftsproceß, d. h. indem er sich nach der von ihm aufgestellten Präsumtion für den impubes erklärt, läßt er nicht bloß den Proceß unentschieden, sondern er erkennt dem Gegner sein civiles Erbrecht ab, und setzt den impubes ganz in die Lage, als wenn er mit der her. pet. gesiegt hätte. Freilich nur interimistisch bis zum Eintritt der Pubertät, aber das Wesen der Prätorischen Entscheidung wird dadurch nicht verändert, und sie hat auch auf den späteren wirklichen Erbschaftsproceß entschiedenen Einfluß, indem der Mittirte, wenn er nur Caution leistet, darin die Beklagtenrolle erhält, während er, wenn sein Gegner vor der Mission

13) Deßhalb setzen auch die Römer nicht bloß eine Bestreitung des status, sondern stets einen solchen Gegner voraus, welcher in Folge dessen eine hereditatis controversia veranlassen will. fr. 6. §. 3. h. t.

besaß, die her. pet. selbst hätte anstellen müssen [14]). Wir haben hier also eine b. p., die allen übrigen, bei denen das Recht des heres noch gar nicht in Frage kommt, vollkommen entgegensteht. Es ist die einzige, worin schon der Prätor über das civile Erbrecht selbst entscheidet. Rechnen wir nun noch hinzu, daß früher die Processe über civiles Erbrecht vor die Centumvirn gehörten, daß hier also der Prätor in deren Competenz eingreift, so ist jedenfalls nöthig, daß, wenn freilich die Berechtigung dazu dem Prätor entschieden zusteht, und er damit auch dem späteren Erbschaftsproceß gar nicht präjudiciren will, — der Spruch des Prätors ein wahres decretum sein muß.

Ganz anders aber stellt sich die Sache bei einem emancipatus. Dieser ist nicht heres, seinem Gegner also, der ihm sein Verwandschaftsrecht mit dem Erblasser streitig macht, und die Erbschaft in Anspruch nimmt, wird sein civiles Erbrecht gar nicht bestritten. Eine hereditatis controversia findet gar nicht Statt. Es handelt sich bloß darum, ob hier in der That eine Person berechtigt sei, in einer Klasse, welche gegen den heres cum re ist, b. p. zu erbitten. Dies ist überhaupt die Frage von den bedingenden und vernichtenden Beweisen, welche zur Agnition einer jeden b. p. gehören. Wir werden davon für die c. t. b. p. später noch besonders sprechen. Jedenfalls aber wird es wohl nicht eines eigenen Beweises bedürfen, daß z. B. die Frage von der Unterschiebung eines Kindes unter die vernichtenden Beweise gehört [15]). Sie kann gegen den b. possessor auch wenn er über vierzehn Jahre ist (mag er suus oder emancipatus sein), stets noch vorgebracht werden, in deren Folge dann die b. p. als non data erscheint, und der Gegner durch her. aditio oder auch durch agnitio der b. p. zur Erbschaft gelangen kann [16]). War nun aber der agnoscirende emancipatus unter vierzehn Jahren, so zweifle ich gar nicht, daß der Prätor wie bei der müt-

14) fr. 6. §. 6. h. t.

15) S. Bd. I. S. 205.

16) Wir brauchen uns den Gegner gar nicht als Civilerben zu denken, es kann auch z. B. ein Cognat sein, der durch Wegräumung des Vorgängers zur b. p. gelangen will.

terlichen Erbschaft die Frage noch fixirt haben wird, damit der, dessen ganzes Recht auf der b. p. ruht, die der Gegner als ganz ungültig darstellt, sich gehörig dagegen vertheidigen könne. Aber es fehlt ganz jene nothwendige Beziehung auf einen civilen Erbschaftsproceß, dessen Durchführung der Prätor durch seine Interposition fistiren müßte, es fehlen also alle Voraussetzungen eines decretum oder m. a. W. des eigentlichen Carbonianum edictum. —

Nach dieser Darstellung bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß man die mehren Stellen des Titels de Carboniano edicto, worin von der hereditatis petitio oder controversia die Rede ist[17]), ganz fälschlich dazu angewandt hat, um das Bestehen der her. petitio possessoria zur Zeit der klassischen Juristen darzuthun.

III. Das Recht der Emancipirten.

§. 81. Daß die sui die Hauptpersonen der c. t. b. p. sind, und daß die emancipati nur nebenbei noch hinzugezogen

---

17) S. außer den gelegentlich schon angeführten namentlich noch das vielbesprochene fr. 3. §. 13. h. t., worin es heißt, daß der missus einstweilen mit dem Besitze (und den possessoriae actiones d. h. dem Int. quor. bon. und den fictitiae actiones. fr. 4. eod.) zufrieden sein soll; wenn er aber doch die civilen Einzelklagen oder die her. pet. anstellen wolle und sich dafür auf die praesumtio Carboniana berufe (quasi bonorum possessor Carbonianus), so sei ihm die doli exc. entgegenzustellen; wogegen freilich, wenn er auf die praesumtio Carboniana verzichten wolle, ihn natürlich Niemand hindern könne; denn die ganze Präsumtion war ja nur zu seinem Besten aufgestellt, damit er eben die directa actio quasi heres, worin schon über seinen status und sein civiles Erbrecht definitiv entschieden wird, nicht aufzustellen brauche, und doch zum Besitz gelange. — Die Stelle setzt also voraus, daß ein Carbonianus b. possessor an und für sich nur die possessoriae actiones anstellen darf, und wenn er mehr will, auf das beneficium der praesumtio Carb. verzichten muß; dies aber beweist, daß aus der gewöhnlichen c. t. b. p., die ja im Uebrigen von der Carboniana nicht verschieden ist, ebenfalls nur die possessoriae actiones (fictitiae u. Int. quor. bon.) hervorgehen, daß also von einer hereditatis petitio possessoria hier nirgend eine Spur ist.

wurden, scheint mir durch die bisherigen Ausführungen genügend bewiesen. Es ist also die Erweiterung der c. t. auf die **emancipati** als ein zweiter Schritt zu denken, der aber so nahe lag, daß er vielleicht sehr bald der ersten Aufstellung des Edicts über die c. t. b. p. gefolgt ist. Indem der Prätor darin alle **liberi sui** zusammenfaßt, mußte doch sein Blick auch auf die fallen, welche freilich jetzt nicht mehr **sui** sind, aber es doch gewesen waren, und ebendeßhalb auch jetzt noch **non plane alieni** genannt werden können. Dies sind die in ihre eigene Gewalt (**sui juris facti**) und die in die Gewalt eines Anderen Gegebenen (**in adoptionem dati liberi**). Gaius stellt, nachdem er das Recht des **filius**, der Accrescenzerben und der **postumi sui** entwickelt hat, das Recht beider Personen zusammen (II. 135—137.), und damit ist denn auch der Kreis der formellen Notherben geschlossen. Uebergehen wir hier einstweilen den Zusammenhang, der zwischen den in eigene und fremde Gewalt Gegebenen wahrscheinlich bestanden hat, und betrachten wir bloß die Ersteren, welche jedenfalls zu einem viel volleren Rechte, nämlich zu einem ganz selbstständigen Anspruch auf die c. t. b. p. gelangt sind. Es ist oben schon hervorgehoben, daß darunter keineswegs bloß die Emancipirten [1]), sondern viele andere Fälle der aus der Gewalt des Erblassers Getretenen verstanden werden [2]), weßhalb

---

1) Zu diesen gehören nicht bloß die, auf deren Person sich das Rechtsgeschäft der Emancipation bezog, sondern auch ihre Kinder, selbst die erst nach dem Tode des Erblassers Geborenen. Fr. 3. pr. fr. 6. pr. §. 1. u. 2. de b. p. c. t. fr. 1. §. 11. de ventre in poss.

2) Die genauere Darstellung dieser Fälle kann ich hier übergehen, indem ich auf Francke's Notherbenrecht S. 123 ff. und Mühlenbruchs Commentar XXXVII. S. 55 ff. verweise. — Es gehört hieher 1) der in der Gewalt des Großvaters gebliebene Enkel gegen den emancipirten Vater. Fr. 7. 16. 21. pr. de b. p. c. t. Bei Francke sind diese Stellen durch einen Druckfehler in eine verkehrte Note gesetzt worden. Ueber fr. 16 s. namentlich Mühlenbruch S. 75. Note 95. 2) Der Sohn gegen den in eine fremde **familia** adoptirten Vater, welchem der Sohn nicht gefolgt war fr. 3. §. 9. eod. 3) Der von einem in Adoption gegebenen Sohn erzeugte und emancipirte Enkel gegen den leiblichen Großvater fr. 6. §. 4. fr. 14. §. 1. eod. 4) Die durch gewisse Würden aus der väterlichen Gewalt Getretenen

denn auch Ulpian bei der genauen Darstellung der zur c. t. b. p. berechtigten Personen sie mit dem allgemeineren Ausdruck der sui juris facti liberi zusammenfaßt. Aber dabei ist doch anzuerkennen, daß die Römer, wo sie nicht ganz besonders genau von der Sache sprechen, mit dem Ausdruck emancipati kurzweg alle diese Fälle der sui juris facti liberi bezeichnen. Eine Reihe von Stellen dieser Art, worin die Beziehung auf die eigentliche Emancipation gezwungen sein würde, ist schon im Bisherigen enthalten, und so können denn auch wir diese kürzere Terminologie befolgen. —

Ich sagte, daß es sehr nahe lag, die Emancipirten zur Theilnahme an die Succession der sui zu admittiren. Der Prätor hatte das Recht der Accrescenzerben mit dem der nachgeborenen Kinder ausgeglichen. Es sollte nicht mehr darauf ankommen, ob das Kind vor oder nach der Testamentserrichtung in die väterliche Gewalt getreten sei. Aber es war der Tendenz der damaligen Zeit auch nicht mehr angemessen, daß durch spätere Auflösung der väterlichen Gewalt das Erbrecht untergehen solle. Unter den Emancipirten begreifen wir nun den filius, die filia, die nepotes etc., also, abgesehen vom filius, dieselben Personen, welche den Kreis der Accrescenzerben ausmachen. Indem daher der Prätor, dem Geist der Zeit folgend, die Emancipation rescindirt, und als nicht geschehen fingirt 3), so war die von selbst sich ergebende Folge, daß ihnen die c. t., welche ja den Accrescenzerben zusteht, zu Theil wurde, denn die Fiction bewirkt, daß ihnen dieselben Rechte eingeräumt werden, welche die sui haben.

Für die Mehrzahl der Emancipirten also ergab die Rescission der cap. dim. ganz von selbst das Resultat, daß sie die wahre c. t., so wie diese für die Accrescenzerben bestand, erhielten. Für den emancipatus filius dagegen hätte sie, da

---

(flamines diales, Vestalinnen und die von Justinian eingeführten Fälle §. 4. I. quib. mod. jus pot. solv.). 5) Der mit dem Vater zugleich mit der Civität beschenkte Peregrine. Collatio XVI. 7. §. 2.

3) Fr. 6. §. 1. de b. p. fr. 3. §. 5. de b. p. c. t. fr. 4. u. 5. §. 1. si tab. test. null. l. 9. Th. C. de bon. proscript (9. 42.).

er nun als filius suus fingirt wurde, eigentlich dazu führen müssen, daß man ihm die nominelle c. t., also eine fingirte vollkommene Intestatsuccession gewährte. Aber es liegt am Tage, daß es thörigt gewesen wäre, hier die Consequenz bis aufs Aeußerste zu treiben. Die filii sui waren trotz ihres Civilrechtes aus den oben angeführten Gründen mit in das Gebiet der c. t. aufgenommen worden, freilich nur formell, indem man für ihre Person ganz das Recht der Intestatsuccession bestehen ließ. Aber der Grund davon war doch nur, weil sie wirklich das Civilrecht für sich haben, und der Prätor ihnen dies nicht ändern will. Beim filius emancipatus aber ist nicht wirkliches Civilrecht vorhanden, man will ihn nur dem filius suus praktisch gleichstellen; das aber erreichte man schon, wenn man ihm nur die wahre c. t. b. p. gab. Denn die Wirkungen derselben sind, wie wir sehen werden, dem praktischen Effecte nach, denen der Intestatsuccession ganz gleich. Wozu also die Weitläuftigkeit machen, und für den filius emancipatus noch den besonderen Begriff einer fingirten Intestatsuccession aufstellen, da ja überhaupt die Scheidung der Söhne von den übrigen liberi der damaligen Zeit nicht mehr gemäß war, und man also wahrlich nicht genöthigt war, ihn noch weiter als im Kreise der sui jam nati, festzuhalten. War er ja doch auch schon bei den postumi sui nicht vorhanden.

So kam es, daß man alle Emancipirte, auch den filius mit inbegriffen, ohne weitere Unterscheidung zur c. t. b. p. hinzuzog. Wir können also kurz sagen: die emancipati erhielten das Prätorische Recht der Accrescenzerben, d. h. sie bilden die zweite Hauptklasse der zur wahren c. t. b. p. berechtigten Personen, während die beiden anderen Klassen von Personen, die filii und postumi sui darin eo jure gerufen werden, quo vocantur ex jure civili. Wir wollen deßhalb in der Folge um der Kürze willen die letzteren Beiden, bei denen die c. t. nur nominell ist, die civilen Notherben nennen, und ihnen die Accrescenzerben und Emancipirten als Prätorische Notherben gegenübersetzen.

Immer aber müssen wir festhalten, daß unter diesen Prätorischen Notherben die Accrescenzerben die Hauptpersonen, die Emancipirten die nebenbei Herzugezogenen sind, da das Grund-

princip der c. t. die Regulirung des Erbrechts der sui ist. Abgesehen von den bisher schon vorgebrachten Beweisen, wird dies noch aus vielen Punkten der folgenden Darstellung hervorgehen. Wir werden sehen, daß die ganze Gestaltung der c. t. sich eng an das civile Recht der Accrescenzerben anschließt; daß sie nur da, wo es nöthig war, dieselben mit den übrigen sui auf gleiche Stufe zu stellen, davon abweicht, im Uebrigen aber das gesammte Civilrecht der ceterae lib. pers. unverändert vom Prätor anerkannt wird. Dies Institut sollte ja zu nichts weiter dienen, als die auffallenden juris iniquitatas zu tilgen. Im Uebrigen kam es dem Prätor nicht in den Sinn, willkührliche neue Bestimmungen zu treffen. Dagegen die Emancipirten erscheinen allenthalben als die Nebenpersonen, auf die Gestaltung der c. t. selbst haben sie nicht eingewirkt. Sie müssen sich damit begnügen, dasselbe Recht zu haben, wie es für die Accrescenzerben festgestellt wurde. Sie sollen diesen ja lediglich gleichstehen, auf ein etwaiges besseres Recht, welches an und für sich aus ihrer Emancipation folgen würde, müssen sie verzichten, woraus denn auch ihre Collationspflicht sich von selbst erklärt.

Nicht klarer kann das Gesagte wohl bewiesen werden, als gleich durch folgenden Punkt, der hier schon zu erledigen ist.

Das Römische Recht that nämlich bei Gaius Lebzeiten wieder einen Rückschritt. Die lobenswerthe Gleichstellung, welche den Accrescenzerben durch die c. t. b. p. mit den übrigen sui zu Theil geworden war, wurde durch ein Rescript Mark Aurels theilweise, nämlich für die Frauen, wieder aufgehoben, welche fortan auch nach Prätorischem Rechte nicht mehr erhalten sollten, als ihnen ihr civiles Accrescenzrecht gewährte 4). Die Art wie Gaius (II. 126.) dies berichtet, bestätigt vollkommen das von mir angegebene Verhältniß, in dem wir uns die Emancipirten zu den Accrescenzerben zu denken haben.

Sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo, non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod jure accrescendi conseque-

4) L. 4. pr. C. de lib. praeter.

rentur; quod in emancipatis feminis similitas optinet, scilicet ut quod accrescendi jure habiturae essent, si suae fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem haberent.

Die emancipirte Tochter, Enkelin ꝛc. hat ja die c. t. b. p. nur als fingirte Accrescenzerbin, und wenn nun gleich das Rescript nur von den wirklichen Accrescenzerben sprach, so mußte doch jene dem Recht der Emancipirten zum Grunde liegende Fiction auch der Grund der neuen Beschränkung ihres Erbrechts werden. Wir sehen also auch hier, daß das Recht der sui bei der c. t. b. p. immer die Hauptsache ist, nach der sich dann das der Emancipirten von selbst richtet. Aber natürlich ist gar nicht daran zu denken, daß dies Antoninische Rescript auch auf die postumae suae ausgedehnt worden wäre, denn wenn diese auch die c. t. haben, so ist diese doch nie von ihrem Civilrecht verschieden gewesen, und sie behielten also stets ein Recht auf die tota hereditas.

IV. Wirkungen der contra tabulas b. p.

§. 82. Wenn wir hier von den Wirkungen der c. t. b. p. reden, so haben wir dabei die wahre sich vom Civilrecht unterscheidende Erbklasse vor Augen, während von der nominellen c. t. oben schon festgestellt worden ist, daß sie die reine Intestatsuccession enthält. Wir werden von dieser letzteren fortan nicht weiter sprechen, bis bei der Darstellung der Concurrenz civiler und Prätorischer Notherben ihr eigentliches Wesen erst genau ermessen werden kann, so daß wir es also einstweilen nur mit der den Prätorischen Notherben verliehenen selbständigen c. t. b. p. zu thun haben.

Die Wirkungen derselben erklären sich von selbst aus bisher schon festgestellten Sätzen. Der Prätor will die Accrescenzerben und dann auch die Emancipirten praktisch denen gleichstellen, welche schon nach Civilrecht die Intestatsuccession eröffnen, d. h. sie sollen wie Gaius sagt, die tota hereditas also das materielle Vermögen ebenso erhalten, als wenn sie ab intestato succedirten. Alle Verfügungen des Testaments

wodurch dies materielle Vermögen auf Andere übertragen wird, müssen daher durch die c. t. vernichtet werden, im Uebrigen aber ist gar kein Grund vorhanden, von der für präterirte Accrescenzerben geltenden civilrechtlichen Regel abzugehen, daß das Testament als ein Ganzes, sowie in allen einzelnen unter jenen Gesichtspunkt nicht fallenden Theilen gültig sei.

Dies Princip, aus dem wir uns alle einzelnen Wirkungen der c. t. erklären können, wird auch ausdrücklich durch die Quellen bestätigt. Nirgends kommt in denselben der Ausdruck vor, es werde durch sie die Intestatsuccession eröffnet, im Gegentheil, wir haben schon Stellen kennen lernen, die es mit Entschiedenheit beweisen, daß die c. t. ein gültiges Testament voraussetzt (§. 71. Note 2. §. 73. Note 7.). Aber dabei wird doch der Zweck der c. t. folgendermaßen angegeben:

> **Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — Praetori enim propositum est, cum c. t. b. p. dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset [1]).**

Die Stelle sagt freilich nicht, was man so oft aus ihr abgeleitet hat, daß die Wirkung der c. t. die Intestatsuccession sei, aber sie beweist vollständig, daß der Prätor dadurch allen **liberi** die materiellen Theile zukommen lassen will, welche sie durch die Intestatsuccession als **sui** erhalten haben würden, und die der **filius** und die **postumi sui** auf diesem Wege auch im Fall der Präterition erlangen. So bildet die c. t. b. p. eine ganz selbständige Successionsart, in der Mitte zwischen der testamentarischen und Intestatsuccession stehend. Ihre Voraussetzung ist ein gültiges Testament, welches sie

1) S. auch fr. 25. pr. de leg. praest. **Qui filium emancipaverat, et nepotem ex eo retinuerat in potestate, testamento filium exheredavit, nepotem ex aliqua parte instituit heredem, et alium filium emancipatum praeteriit. Potest defendi, nepotem quoque bonorum possessionem c. t. petere posse; nam pro ea parte, qua quisque intestato suus heres esset, si pater suus heres non esset, bonorum possessio defertur. Fr. 11. §. 1. de b. p. c. t.. — Exemplo juris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur.**

auch formell nie vernichtet 2), aus dem sie aber alle die Verfügungen tilgt, welche den Succedirenden materiell schlechter stellen würden, als die ab intestato Berufenen. In dieser Gestalt konnte sie in der That, was oben schon hervorgehoben wurde, und was auch die oben angeführte Stelle zeigt, als eine auf gleichen Principien ruhende Erbschaftsregulirung sämmtlicher liberi aufgefaßt werden. Auch die sui, welche wirklich formell die Intestatsuccession eröffnen, konnten mit in den Kreis der c. t. b. p. hineingezogen werden, da doch das materielle Princip bei ihnen und den Prätorischen Notherben dasselbe war, wenn gleich im Uebrigen die wahre und die nominelle c. t. b. p. sich auf das entschiedenste von einander trennen.

So hat denn gewiß die c. t. b. p. für die Accrescenzerben auch in dem Falle statt gefunden, wenn diese mit instituirten sui concurrirten. Obgleich Gaius davon gar nicht spricht, und wir jedenfalls den eigentlichen Einführungsgrund nicht hier, sondern in der Verleihung der tota hereditas gegen extranei scripti zu finden haben, so sollte doch das Institut nun eine Gesammt-Regulirung des Erbrechts aller liberi werden, und so mußten denn nicht bloß die Accrescenzerben, namentlich um von den Vermächtnissen befreit zu werden, den instituirten sui gegenüber die c. t. erhalten, sondern Letztere sogar auch wieder dieselbe aus der Person des Präterirten ab-

2) Gewöhnlich wird das Bestehenbleiben des Testaments bei der c. t. b. p. daraus gerechtfertigt, daß der Prätor kein civilrechtlich gültiges Testament habe für ungültig erklären können. Mir scheint aber dieser Grund ganz unzureichend. Er kann freilich ein *gültiges* Testament nicht zu einem civilrechtlich ungültigen *machen*, so wie er auch Niemanden zum heres creiren kann. Aber ebensogut wie sich Jemand loco heredis constituiren ließ, so hätte sich auch durch Fiction ein civilrechtlich gültiges zu einem Prätorisch völlig ungültigen machen lassen, ebensogut wie umgekehrt der Prätor ungültige Testamente für gültig erklärte. — Der Erklärungsgrund ist vielmehr, daß es gar nicht nöthig war, das Testament für nichtig zu erklären. Es sollten nur dem Accrescenzerben dieselben Vortheile zukommen, als wenn sie ab intestato succedirten, im Uebrigen blieb man beim Civilrecht stehen, daß das Testament durch ihre Präterition nicht ungültig werde s. §. 71. Note 3.

leiten können, damit eine ganz allgemeine gleichmäßige Succession über die ganze Erbschaft sich erstrecke. —

Nach dem angegebenen Principe leuchtet ein, daß durch die c. t. b. p. vernichtet werden müssen: die Erbeseinsetzungen (und Vulgarsubstitutionen), die Vermächtnisse, die Freiheitsertheilungen, denn durch alle diese Verfügungen würde, wenn sie gültig blieben, dem Notherben materielles Vermögen entzogen werden. Dagegen können von ihr nicht afficirt werden: die Pupillarsubstitutionen, die Vormundschaftsernennungen und die Exheredationen, denn die ersteren beiden vermindern jedenfalls nicht das dem Notherben zufallende Vermögen, die letzteren vergrößern es sogar.

Es ist bekannt, daß diese aus unserem Princip sich von selbst ergebenden Sätze in der That die Wirkungen der c. t. b. p. sind. Wir müssen sie aber noch genauer durchgehen, und auch namentlich einige wichtige Ausnahmen dabei kennen lernen, welche die Quellen uns aufweisen. Es wird rathsamer sein, die einzelnen Punkte in anderer Reihenfolge zu ordnen, als in der wir sie eben aufgezählt haben.

1. Die Institution. Wir sprechen hier nicht von den Fällen, wenn ein civiler oder Prätorischer Notherbe, der also im Fall der Präterition selbst ein Recht auf die nominelle oder die wahre c. t. b. p. hat, instituirt ist. Alle übrigen scripti heredes (wir wollen sie nach dem Beispiele der Quellen extranei nennen) müssen nach dem Princip der c. t. von der Erbschaft völlig vertrieben werden [3]), und der Accrescenzerbe oder Emancipirte tritt an seine Stelle. Dies ist, wie man leicht einsieht, die Hauptwirkung der c. t. [4]). — Es finden sich allerdings Ausnahmen hievon, die sich aber genau an die ausnahmsweise Aufrechthaltung der Legate anknüpfen, in deren Verbindung sie dann auch darzustellen sind, so daß hier also

3) Gai. II. 125.

4) Deßhalb sagt auch African in fr. 14. pr. de b. p. c. t., der Präterirte empfange die c. t. ab heredibus institutis, d. h. sie und ihre Vertreibung sind der hauptsächliche Grund und Zweck der c. t., im Gegensatz zu der commisso per alium edicto, welche umgekehrt der Instituirte vom Präterirten erhält.

nur erst von der Regel, nach der die **extranei** zurückweichen müssen, die Rede ist.

An und für sich nun ist es keinem Zweifel unterworfen, daß die **c. t. b p.**, wie alle **bonorum possessiones**, nicht ein Eintreten in die Person des **heres**, sondern direct in die Person des Verstorbenen bewirkt. Der allgemeine Begriff der **b. p.** ruht auf der Präsumtion, als sei kein **heres** vorhanden, und deßhalb wird die Intention der Klagen gleich **ex persona defuncti** hergenommen [5]). Bei der **c. t.** steht freilich dem Agnoscirenden ein **scriptus heres** gegenüber, da aber die **b. p.** nun einmal **corrigendi jur. civ. gratia** gegen denselben stets **cum re** ist, so ist das soviel, als wenn der **heres** ganz fehlte, und mithin läuft Alles doch wieder, ebenso wie bei den anderen **b. possessiones**, auf dasselbe Resultat hinaus. Es bekommt den Anschein, als wenn gar kein **heres** da wäre, und ebendeßhalb succedirt der **c. t. b. possessor**, **loco heredis**, dem Verstorbenen direct in alle Vermögensverhältnisse [6]).

Indeß ist dies, so wenig es im Allgemeinen bezweifelt werden kann, doch keineswegs in allen Punkten richtig. Freilich kann die testamentarische Succession, wenn einmal **c. t.** agnoscirt ist, nach Prätorischem Rechte niemals mehr Bedeutung erhalten, denn nach der Agnition in einer früheren Klasse wird nie mehr der folgenden die **b. p.** deferirt. Ferner ist auch unbedenklich anzunehmen, daß der **scriptus heres**, wenn er nach Agnition der **c. t.** eine **her. aditio** vornimmt, eine durchaus nichtige Handlung vornimmt, aus der er keinerlei Rechte ableiten, und keinerlei Einwirkungen auf das Recht

---

5) Gai. IV. 34.

6) Fr. 13. pr. de b. p. c. t. — Quum emancipatus b. p. c. t. accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare; omne enim jus transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum quem Praetor heredis loco constituit. D. h. Alles was der scriptus, wenn er der gültige heres ist, erhält, das wird jetzt dem zugesprochen, der mit Remotion des heres an dessen Stelle gesetzt wird. S. auch noch fr. 15. §. 4. de legat. praest.

des c. t. b. possessor hervorrufen kann. Denn er ist einmal a tota hereditate repellirt, und ebenso wie ihn der Prätor nicht gegen den b. possessor zu klagen erlaubt, kann auch nicht von anderen Rechtswirkungen die Rede sein.

Aber es erhebt sich die Frage, ob eine schon vor Agnition der c. t. vorgenommene her. aditio des scriptus ebenfalls ganz ohne Bedeutung sei? An und für sich müssen wir sie doch als eine durchaus gültige Handlung anerkennen, da die Agnition ja noch ganz ungewiß ist, und falls dieselbe versäumt wird, nun auch gar kein Infirmationsgrund vorliegt [6a]). Wir dürften hier also höchstens von einer ex post eintretenden Ungültigkeit der Erbschaftsantretung sprechen. Aber auch dies allgemein anzunehmen, würde offenbar sehr bedenklich sein. Der scriptus heres, der ja ganz in seinem Rechte ist, kann nach der Antretung schon Rechtsgeschäfte, die sich auf die Erbschaft beziehen, vorgenommen haben, diese können sogar der Erbschaft höchst vortheilhaft sein. Sollen wir dies Alles durch die nachfolgende Agnition der c. t. für vernichtet halten? Die gesunde Vernunft spricht dagegen. Erkennen wir aber diese Rechtsgeschäfte als gültig an, so müssen wir sie jedenfalls auf den b. possessor uns übertragen denken, denn der scriptus soll ja a tota hereditate repellirt werden. Hiefür reicht indeß der bisher angegebene Begriff der c. t. b. p. nicht hin. Wenn wir den b. possessor bloß als in die Person des Erblassers eintretend denken, so kann er ja doch nicht Rechtsgeschäfte geltend machen, die erst der scriptus heres

6a) Ich setze voraus, daß der Instituirte gerade die Absicht hat, sich der Erbschaft anzunehmen. Hat er umgekehrt dazu keine Lust, und will er nach Vornahme der her. ad. erst die Zeit verstreichen lassen, in der die c. t. b. p. agnoscirt werden kann, bevor er sich auf die Erbschaftsangelegenheiten weiter einläßt, so kann er sich mit der exceptio: si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas b. p. dari possit schützen, weil, wie Julian sagt, quamdiu b. p. c. t. filio dari potest, heres quodammodo debitor non est. Fr. 2. de exc. rei jud. fr. 15. de obl. et act. Erst dann wenn die Agnitionsfrist der c. t. unbenutzt verstrichen ist, wird dem durch jene exceptio zurückgetriebenen Creditor seine Klage restituirt.

begründet hat. Wir müssen den Begriff also weiter ausdehnen, und den b. possessor auch noch außerdem in die Stelle des scriptus heres treten lassen. In dieser Hinsicht erscheint dann der b. possessor nur als mittelbarer Universalsuccessor, ähnlich wie der Universalfideicommissar; denn kraft seines Rechtes, die tota hereditas an sich zu nehmen, erhält er doch Etwas, das er nicht auf die Person des Verstorbenen zurückführen kann, sondern was er lediglich aus der Hand des heres ableitet. Dies bestätigt sich vollkommen durch folgende Stelle, in der die c. t. b. p. ausdrücklich mit der fideicommissaria hereditas zusammengestellt wird.

> Fr. 21. pr. de fidejuss. (Afric.). — Heres a debitore hereditario fidejussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit. Fidejussoris obligationem in suo statu manere ait. Idemque in hac causa servandum, quod servaretur, quum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem acceperit, fidejussorem acceperit. Ideoque in utraque specie transeunt actiones.

Wir begegnen hier also ganz etwas Eigenthümlichem im Begriff der c. t. b. p., welches (abgesehen von der b. p. unde liberi im Verhältniß zum legitimus heres) im ganzen übrigen Gebiet der b. p. nicht denkbar ist. Die c. t. kann, außerdem, daß sie ihrem Grundwesen nach eine directe Universalsuccession ist, auch nebenbei Momente der mittelbaren U. S. in sich aufnehmen. Aber wir müssen uns vorsehen, diesem Satze die richtigen Gränzen anzuweisen, um nicht in die gefährlichsten Irrthümer zu verfallen. Zuerst ist immer festzuhalten, daß jedenfalls der Gesammtcomplex der Rechtsverhältnisse, die vom Erblasser selbst herstammen, ganz so auf den b. possessor übergehen, als wenn die her. aditio gar nicht vorgenommen wäre. Wollten wir hiefür der letzteren eine Bedeutung zugestehen, so würde damit die ganze c. t. b. p. den Charakter einer mittelbaren Universalsuccession erhalten müssen, was aber so ganz gegen alle Aussprüche der Quellen ist, daß Niemand im Ernst eine solche Ansicht aufstellen wird.

Indeß auch mit dieser Beschränkung können wir uns un-

möglich genügen lassen. Sollen wir sagen dürfen, daß alle Erbschafts-Verhältnisse, in welche der scriptus heres noch nicht eingegriffen hat, allerdings direct ohne Annahme einer Mittelsperson, auf den bonorum possessor übergehen, daß dagegen alle Verfügungen, welche der heres mit der Erbschaft bereits getroffen hat, von jenem anzuerkennen sind? Sollen hier vortheilhafte und nachtheilige Rechtsgeschäfte einander ganz gleich stehen?

Mir scheint dies schon deßhalb undenkbar, weil in unseren Quellen von der ganzen Frage so wenig die Rede ist, während, wenn ihr ein so weites Gebiet einzuräumen wäre, wir hier, wie leicht einzusehen ist, eine weitläuftige Lehre vorfinden müßten, die die Römischen Juristen gewiß nicht übergangen und die Compilatoren nicht völlig getilgt haben würden.

Mich däucht, daß das vorher angegebene Princip der c. t. b. p. uns ziemlich sicher auf das führen kann, was die Römischen Juristen hier gemeint haben werden. Wenn der scriptus heres in doloser Absicht, um das Vermögen dem c. t. b. possessor zu verringern, Verfügungen getroffen hat, so kann jedenfalls von einer Anerkennungspflicht derselben für den b. possessor nicht die Rede sein. Hievon also ganz abgesehen, muß man auf die beiden Punkte Rücksicht nehmen, daß einestheils der scriptus a tota hereditate entfernt, anderntheils der Notherbe ein nicht schlechteres materielles Recht an der Erbschaft erhalten soll, als die Intestatsuccession gewährt. Aus dem ersteren Punkte folgt, daß alle Vortheil gewährenden Handlungen des heres (wie z. B. jene Annahme eines Bürgen) auf den b. possessor übergehen. Wir dürfen aber aus der angeführten Stelle nicht gleich voreilig ableiten, daß auch nur die lucrativen Rechtsgeschäfte des heres Gültigkeit behalten, sie gewährt dafür keine Anhaltspunkte. Auch onerose Anordnungen, die der heres getroffen hat, z. B. Verkauf, Verpachtung von Erbschaftssachen, Zahlung von Schulden und dergl. wird der Notherbe haben anerkennen müssen [7].

---

7) Man wird das wohl analog so behandelt haben, als wenn die her. pet. gegen einen bonae fidei possessor angestellt wird, namentlich mit Benutzung der Grundsätze des s. g. SC. Juventianum. Denn

Die Gränze liegt in dem zweiten Punkte, daß er im Allgemeinen soviel wie ein Intestaterbe erhalten soll; also jedenfalls wenn er Legate schon ausgezahlt hat, so braucht der c. t. b. possessor dies nicht anzuerkennen, weil eben die c. t. die Legate vernichtet; und daß ebenso auch die im Testament angeordneten Freiheitsertheilungen durch die her. aditio des heres nicht gültig werden können, wird weiter unten noch besonders dargethan werden.

Ueberhaupt muß ich noch bemerken, daß die ganze Frage nur selten bei den Römern vorgekommen sein kann. Wir setzen hier ja voraus, daß der heres nicht in doloser Absicht, um dem Notherben zu schaden, die her. aditio vornimmt. Derjenige aber, welcher in dem guten Glauben, er werde die Erbschaft behalten, sie antrat, hatte sich natürlich erst erkundigt, ob kein Notherbe da sei, der auf die c. t. Anspruch mache. Und wenn ein solcher vorhanden war, so unterließ er eben die hereditatis aditio ganz und gar [8]).

§. 83. — 2. Die Enterbungen behielten bei der c. t. b. p. vollkommen ihre Kraft, weil dadurch Jemand ausgeschlossen wird, der sonst mit dem b. possessor concurriren würde, also durch seine Ausschließung das Jenem zufallende Vermögen vergrößert [1]). Hier steht mithin die wahre c. t.

---

es sollen alle Rechte, welche der scriptus heres mit der her. pet. würde einfordern können, wenn ihm kein c. t. b. possessor gegenüber stände, auf diesen Letzteren übergehen. Fr. 13. pr. de c. t. b. p. Daraus aber folgt keineswegs, daß der b. possessor gegen den heres und Andere die her. petitio gehabt habe.

8) Fr. 4. de legat. praest. — Quum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, quum scirent, emancipatum aut petiisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem.

1) Fr. 8. pr. fr. 10. §. 5. de c. t. b. p. — S. ferner eine Reihe specieller Fragen rücksichtlich der Exheredation in fr. 8. §. 1—10. eod. — Welche Einwirkung für die Aufrechthaltung der Exheredationen die her. aditio des scriptus heres gehabt habe, wird später im §. 94. noch besonders geprüft werden. Es wird dort erhellen, daß die Gründe, welche die Römer dabei in Anwendung gebracht haben, zu eigenthümlicher Natur sind, um für die Frage,

der nominellen geradezu entgegen, bei welcher der exheredatus, wie wir oben gesehen haben, durchaus mit zur Intestatsuccession zugelassen wird.

3. Die Vormundschaftsernennungen. Daß diese vom Prätor aufrecht erhalten wurden, ist von den neueren Gelehrten allgemein und mit Recht angenommen worden, obgleich sich kein ausdrücklicher Ausspruch der Quellen dafür anführen läßt. Es kann aber wenigstens folgender negative Beweis dafür angeführt werden. In dem Digestentitel de testamentaria tutela wird allgemein gesagt, den liberi in potestate könne ein Tutor gegeben werden (fr. 1. pr.), und nur bei dem filius und den postumi findet sich und zwar durchaus nicht bloß beispielsweise die Nebenbestimmung, daß sie nicht präterirt sein dürften (fr. 4. fr. 1. §. 1. fr. 10. §. 2.) [2]). Wäre nun bei den übrigen liberi, den Accrescenzerben, die Vomundschaftsernennung durch die ihnen zustehende c. t. b. p. ungültig zu machen gewesen, so würde doch am natürlichsten jene Beschränkung, daß keine Präterition vorliegen dürfe, allgemein gleich für alle liberi vom Juristen hinzugefügt worden sein.

4. Die Pupillarsubstitutionen. Wenn das Testament durch Präterition der civilen Notherben ungültig ist, so fallen sie natürlich auch mit hinweg. Bei der wahren c. t. b. p. aber werden sie, weil das Testament des Vaters nicht ungültig wird, und sie sich auch gar nicht auf das dem Notherben zuzuwendende Vermögen beziehen, vollkommen aufrecht erhalten [3]). Und natürlich ist dies bei einem die c. t. agnos-

---

ob auch die übrigen Nebenbestimmungen des Testaments (Vormundschaftsernennungen, Pupillarsubst., Freiheitsertheilungen) von der her. ad. des scriptus heres abhängen, benutzt zu werden.

2) Offenbar weil die reine Intestatsuccession eröffnet wird, und auch die nominelle c. t. b. p. keine Abweichungen davon enthält.

3) Fr. 5. pr. de legat. praest. fr. 34. §. 2. fr. 35. de vulg. et pup. subst. Francke N. E. R. S. 143. macht die Einschränkung, daß, wenn nicht ein instituirter suus da sei, dem die Erbschaft ipso jure zufällt, noch eine besondere her. aditio des scriptus heres zur Gültigkeit der Pupillarsubst. erforderlich werde. Da aber keine entscheidende Stelle hiefür spricht, so scheint mir hier lediglich aus dem

cirenden Accrescenzerben ebenso gut wie bei einem Emancipirten anzunehmen. Daß die neueren Schriftsteller hier lediglich den Letzteren hervorheben [4]), erklärt sich daraus, daß man überhaupt die den Accrescenzerben gegebene c. t. b. p. so wenig beachtet hat.

Wenn nun aber der Substituirte selbst die c. t. b. p. agnoscirt, so wird er dadurch seines Rechts aus der Substitution verlustig [5]). Dies geht aus der electiven Natur des Prätorischen Schutzes hervor. Wer gegen das Testament auftritt, soll auch gar keine Rechte aus demselben für sich ableiten wollen, und umgekehrt. Dasselbe gilt auch für die dem Notherben hinterlassenen Legate [6]), und erst von den Legaten ist, wie fr. 5. §. 4. cit. zeigt, der Satz auf die Pupillarsubstitutionen übertragen worden.

5. Die Freiheitsertheilungen [7]). Diese mußten, im Gegensatz zu den drei zuletzt genannten Punkten, der Erbeseinsetzungen der extranei gleich behandelt werden. Das fr. 8. §. 2. cit. hebt ausdrücklich, wenn auch von einem hier noch nicht zu berücksichtigenden Falle sprechend, das von uns angegebene Princip hervor: damno enim afficit hereditatem, dum competunt libertates. Es würde ein materieller Vermögensschaden durch die Gültigkeit derselben entstehen, und dies ist dem Zwecke, welchen der Prätor mit der c. t. b. p. erreichen will, zuwider.

Principe der c. t. die Frage beantwortet werden zu können. Dies aber führt, wie wir gleich noch weiter sehen werden, ebensosehr die Gültigkeit der Pupillarsubstitution als umgekehrt die Ungültigkeit der Freiheitsertheilungen mit sich. S. auch fr. 126. pr. de legat. I.

4) Bluntschli Erbf. gegen d. letzten Willen. S. 89. Francke Notherbenr. S. 142. Mühlenbruch Commentar XXXVI. S, 19.

5) Fr. 22. de vulg. et pup. subst. fr. 5. §. 4. de leg. praest. Nach fr. 2. pr. de his quae ut indign. soll die Erbschaft an den Fiscus fallen, was wohl erst durch ein Rescript von Severus et Antoninus, wovon gleich im §. 1. eod so wie auch in fr. 1. eod. die Rede ist, bestimmt wurde.

6) Fr. 3. §. 16. fr. 14. pr. fr. 18. §. 1. de b. p. c. t. fr. 5. §. 2. de legat. praest. fr. 30. de minorib viginti quinque ann.

7) Fr. 8. §. 2. fr. 23. de legat. praest.

Hierbei ist nun aber schon öfters die Ansicht ausgesprochen worden, diese Freiheitsertheilungen würden stets durch die Antretung des scriptus heres gültig, so daß der c. t. b. possessor sie anzuerkennen habe, und ihm nur gegen den dolosen heres die doli actio zustehe [8]). Daß die angeführten Stellen dies keineswegs beweisen, wird nachher noch besonders ausgeführt werden, und daß es den allgemeinen Principien der c. t. durchaus entgegen sein würde, ist leicht einzusehen [9]). Wir haben freilich selbst vorher anerkannt, daß die vor der Agnition der b. p. geschehene hereditatis aditio gewisse Einwirkungen auf die b. p. äußert. Aber dies kann doch unmöglich so weit ausgedehnt werden, daß die hereditas von einem damnum afficirt werde, welche den b. possessor, wenn er ab intestato seine pars erhalten hätte (s. §. 82. Note 1.), nicht getroffen haben würde. Daß der Prätor, wenn der heres einen Bürgen für eine Erbschaftsforderung angenommen hat, dies anerkennt, und auf den b. possessor übergehen läßt, ist freilich sehr natürlich. Aber da er einmal die c. t. ertheilt, wodurch er alle die testamentarischen Verfügungen vernichtet, die dem Notherben seine materielle Intestatportion verringern, so müßte er sich selbst widersprechen, wenn er es für die Freiheitsertheilungen noch auf die her. aditio des scriptus ankommen lassen wollte. Consequenter Weise müßte dann auch, trotz der c. t. b. p., bei den Vormundschaftsernennungen die alleinige Bedingung ihrer Gültigkeit die civile Erbantretung sein, da dies doch, wo von der c. t. nicht die Rede ist, als unzweifelhafte Regel besteht [10]).

Auf diese Weise würde man aber allgemach zu dem Resultate kommen, daß für sämmtliche Nebenbestimmungen des Testamentes nicht die Agnition der c. t., sondern die her.

---

8) S. d. Glosse zu fr. 8. §. 2. cit. Cujacius zu derselben Stelle (Recit. ad P. Opera post. Francof. 1596. p. 970.). Bluntschli a. a. O. S. 96. Francke a. a. O. S. 143.

9) So haben denn auch schon Retes (Advers. ad tit. de b. p. c. t. c. VII. §. 2. u. 3.) und Mühlenbruch a. a. O. S. 20. die richtige Ansicht ausgesprochen. Retes meint, im Grunde sei auch Cujacius seiner Ansicht, was sich aber wohl nicht sagen läßt.

10) Fr. 9. de test. tutela.

aditio der entscheidende Grund ihrer Gültigkeit oder Ungültigkeit sei. Hierin aber läge eine völlige Verkennung des Wesens unseres Institutes.

Es muß nämlich wohl bemerkt werden, daß wir gar keine Stelle der Römischen Juristen besitzen, worin von den Freiheitsertheilungen in dem hier besprochenen Falle die Rede ist, wenn nämlich dem b. possessor ein ganz fremder gar nicht zur Familie gehöriger scriptus heres gegenüber steht. Die in Note 7 angeführten Fragmente sprechen schon von einem besondern Ausnahmsfalle, nämlich dem einer instituirten conjuncta persona. Aber ebenso ist auch wohl zu bemerken, daß die Juristen von den Legaten vorzugsweise nur in diesem Ausnahmsfalle sprechen, woraus denn schon von selbst der entgegengesetzte Satz hervorgeht, daß abgesehen hievon die Legate durch die c. t. ungültig werden. Ebensowenig aber wie bei den Legaten (und das bestreitet ja Niemand) auf die her. aditio des scriptus irgend etwas ankommt, so kann denn auch bei den Freiheitsertheilungen, wenn nicht entscheidende Stellen uns entgegenstehen, etwas Anderes angenommen werden. Allerdings werden häufig die Freiheitsertheilungen wegen des favor libertatis von den gewöhnlichen Regeln über die Legate getrennt. Aber hier kommt noch ein stärkerer favor, die Begünstigung der liberi in Betracht, und ebensogut wie der präterirte filius suus die testamentarischen Freilassungen nicht anzuerkennen braucht [11]), so muß darin auch der Accrescenzerbe nicht schlechter gestellt sein.

Mir scheint also ganz unbedenklich, obgleich keine specielle Beweisstelle dafür spricht, als die Regel angenommen werden zu können, daß die Freiheitsertheilungen ungültig sind, ebenso wie wir gleich unbedenklich die Gültigkeit der Vormundschaftsernennungen ohne einen besonderen Quellenausspruch annehmen durften. —

Hiernach haben wir denn auch schon genügende Anhaltspunkte gewonnen, um allgemein festzustellen, was wir von

---

11) Fr. 17. de injust. rupto. — Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit.

der Bedeutung der her. aditio des extraneus bei der c. t. b. p. zu halten haben. Es zerlegt sich in folgende drei Punkte:

a) Wir haben aus der ganzen bisherigen Darstellung genügend ersehen, daß die c. t. b. p. ein an und für sich gültiges Testament voraussetzt; d. h. also ein civilrechtlich gültiges Testament, denn es gab kein anderes. Wir können dies auch so ausdrücken, es muß die Möglichkeit vorhanden sein, daß aus dem Testamente eine her. aditio vorgenommen, oder eine sec. tab. b. p. agnoscirt werde; denn diese sec. tab. ruht ja auch auf der Voraussetzung eines civilrechtlich gültigen Testamentes.

b) Wenn in Folge dessen nun auch in der That die her. aditio vorliegt, und der scriptus heres danach bereits über die hereditas Verfügungen getroffen hat, so ist dies allerdings gültig, sofern nicht dolus des heres oder das entgegengesetzte Interesse des b. possessor ins Spiel kommt, und die Wirkungen dieser Verfügungen werden auf den b. possessor als mittelbaren Universalsuccessor übertragen (§. 82. Nro. 1.).

c) Aber über den Kreis der mit der hereditas selbst vorgenommenen Dispositionen erstreckt sich jedenfalls die Bedeutung der her. aditio nicht hinaus. Also auf die Frage, was von den Dispositionen des Testamentes gültig sein soll oder nicht, kann der Wille des Eingesetzten absolut nicht einwirken. Vielmehr entscheidet sich hiefür Alles aus den positiven Principien, die das Prätorische Institut beherrschen. Deßhalb ist es auch gänzlich gleichgültig, ob er, wenn einmal der b. possessor an seine Stelle getreten ist, die her. aditio noch vornimmt oder nicht; ob mithin nach den Grundsätzen des Civilrechts das Testament, weil der heres nicht antreten wollte oder konnte, hinterdrein vernichtet wird. Die c. t. setzt nur voraus, daß nicht schon von vorn herein die entschiedene Unmöglichkeit der testamentarischen Succession vorliege[12]). Denn wäre dies der Fall, so würde gleich die reine Intestatsuccession eintreten, und mithin es nicht nöthig sein, den li-

---

12) Und zwar wird hiebei sehr natürlicher Weise auf das mortis tempus gesehen.

beri künstlich und nach dem Bilde der Intestatsuccession durch die c. t. b. p. das Vermögen zuzuwenden, worauf sie schon wirklich ab intestato Anspruch haben.

Diese Auffassung der Sache wird nun vollkommen durch entschiedene Quellenaussprüche bestätigt. Die Römer, um das eben Gesagte kurz auszudrücken, bedienten sich der Terminologie, die c. t. b. p. sei gegen das Testament selbst gerichtet, und darin liegt auch sehr bezeichnend ein Doppeltes; nämlich die b. p. geht nicht gegen die Person des heres, so daß also dessen Antretung (wie bei der querela inoff.) die nothwendige Voraussetzung wäre, aber sie verlangt doch die Möglichkeit der Antretung, also das Testament selbst muß gültig sein, denn wenn es ungültig wäre, so brauchte man nicht mehr seinen das Vermögen betreffenden Inhalt umzustoßen. Folgende Stellen theilen uns diese Ausdrucksweise der Römer und deren Erklärung mit:

> Fr. 4. pr. de b. p. c. t. (Paul.). — Illud notandum est, quod bonorum possessio contra tabulas, quae liberis promittitur, locum habet, sive quis heres exstiterit sive non. Et hoc est, quod dicimus, contra ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem, quod in patrono contra est.
>
> Fr. 19. eod. (Tryphon.). — Quod vulgo dicitur: liberis datam b. possessionem contra lignum esse, sic intelligendum est, ut sufficiat extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit, quamvis neutrum eorum postea secutum sit, vel sequi potuit; nam si vel omnes instituti substitutique ante testatorem decesserint, vel is scriptus heres fuit, cum quo testamenti factio non fuit, peti contra tabulas inane est, quae sine effectu foret.

Es ist leicht einzusehen, daß in der letzteren Stelle die Lesart des Haloander und der Vulgata contra legem statt contra lignum falsch ist, und substituirt wurde, weil man, das Wesen der c. t. nicht recht verstehend, den letzteren Aus-

druck sonderbar fand. Es ist aber hier offenbar jene sprichwörtliche Redeweise vorauszusetzen, die c. t. gehe **contra lignum** oder wie die andere Stelle sagt: **contra ipsum testamentum**, denn daß Tryphonin diese im Auge hat, zeigt eben seine ganze weitere Erklärung. Es müsse nur, sagt er, ein nach civilen und Prätorischen Regeln gültiges Testament vorhanden sein (**extitisse tabulas**), bei dem also die Möglichkeit der Antretung bestehe. Wo nicht, so sei die Agnition der c. t. ganz unnütz, weil Intestatsuccession für die **liberi** eintritt [13]). Liegt aber nur diese Möglichkeit vor, so kommt es lediglich auf die gegen das Testament selbst gerichtete b. p. an, wie weit es dadurch ungültig werde, der **scriptus heres** ist mittelst derselben removirt, und so hat seine Antretung keine Bedeutung mehr.

§. 84. — 6. Die Vermächtnisse. Aus dem Grunde, um dessentwillen die Freiheitsertheilungen im Allgemeinen nicht bestehen bleiben konnten, folgt auch, daß der Prätor die Vermächtnisse fallen lassen mußte. Und daß dies in der That die regelmäßige Wirkung der c. t. ist, wird von Niemand bezweifelt.

Wir haben uns bei dieser Regel nicht weiter aufzuhalten, und gleich zu den Ausnahmen überzugehen, welche sich an dieselbe anschließen. Es wurde nämlich vom Prätor festgesetzt, daß die den **conjunctae personae** d. i. den **parentes et liberi** hinterlassenen und ihnen zum **emolumentum** dienenden Legate, Fideicommisse und **mortis causa donationes** auch vom c. t. b. **possessor** auszuzahlen seien [1]). Dies erklärt sich aus der nothwendigen Berücksichtigung der **querela**

13) Dies spricht nun auch ganz entschieden Ulpian in fr. 10. §. 2. de legat. praest. aus: quodsi neque ex primo gradu, neque ex secundo quisquam in rebus fuerit humanis, quum testator moritur, tunc ab intestato magis bonorum possessionem filio praeterito competere, nec legata cuiquam praestanda.

1) Fr. 1—3. Fr. 5. fr. 14. §. 1. fr. 20. pr. de legat. praest. Indeß ist hiebei noch eine wichtige Einschränkung zu machen, die erst später entwickelt werden kann (s. §. 91. Note 8.).

inofficiosi. Die parentes et liberi nämlich, welche im Fall der nicht gehörigen Bedenkung diese Klage haben [2]), müssen natürlich in den ihnen hinterlassenen Vermächtnissen geschützt sein, denn sonst würde alsbald die querela wieder gegen den c. t. b. possessor angestellt werden, und der Prätor also, indem er die Legate vernichtete, selbst die Veranlassung zur Vernichtung seiner eigenen Succession geworden sein [3]). Die Conservirung der Vermächtnisse an die parentes et liberi ist also das Gebiet, wo die zwei verschiedenen Systeme des Notherbenrechts das formelle agnatische, und das materielle cognatische mit einander zusammentreffen, und sich nothwendig gegenseitig anerkennen müssen. Das Letztere war direct aus den Ansichten des Volks hervorgegangen, und wurde durch die Praxis des Centumviralgerichts aufrecht erhalten. Man hielt es für contra officium, gegen die nöthige Pietät gehandelt, wenn Jemand seine Ascendenten und Descendenten ganz unbedacht ließ; ebendeßhalb sollte das Testament als inofficiosum angeklagt werden können; dagegen wenn der Testator seiner Pflicht nachgekommen war, so forderte eine naturalis aequitas [4]), daß auch kein agnatischer Notherbe dem entgegentrete.

2) Fr. 1. de inoff. test. Es ist wohl zu bemerken, daß die Geschwister im Edicte nicht neben den parentes et liberi stehen. Ich werde darauf noch einmal zurückkommen. Fr. 3. §. 1. de legat. praest. — Nebenbei wird auch noch das der uxor und nurus dotis nomine legatum aufrecht erhalten. Fr. 1. pr. fr. 8. §. 3—6. fr. 9. fr. 10. pr. §. 1. fr. 15. §. 3. de legat. praest. Dies ist aber von den den parentes et liberi conservirten Legaten wesentlich zu scheiden; denn es ist ein debitum legatum, wird als aes alienum gefordert, und das Legat gilt nicht, wenn nicht dos debetur, dafür aber wird es auch nicht auf die portio virilis beschränkt.

3) Fr. 17. de leg. praest. — Praetori propositum est, sine injuria ceterarum personarum b. p. c. t. testamenti dari. Der Prätor will nicht die injuria veranlassen, die wenn sie vom Erblasser ausgeht, die Injurienklage (querela inoff.) zur Folge hat.

4) Fr. 1. pr. de legat. praest. Zur Geltendmachung der Querel gehört nächstes Intestaterbrecht, also waren dadurch häufig die parentes et liberi beim Vorhandensein eines c. t. b. possessor von derselben ausgeschlossen. Aber einestheils wissen wir, daß die Centumvirn es damit nicht sehr genau nahmen (fr. 6. §. 1. fr. 25. §. 1. de inoff.), anderntheils blieb auch, wenn die Querel ihnen ver-

Aus dem Gesagten geht auch schon hervor, wen wir uns unter diesen **conjunctae personae** zu denken haben. Es sind alle cognatischen Ascendenten und Descendenten [5]), wie ja der Ausdruck **conjuncti** schon anzeigt. Die Ascendenten haben nur das mit der Querel geltend zu machende Notherbenrecht, sie gehören also insgesammt hieher. Die **liberi** dagegen fallen, wenn sie **sui** oder **emancipati** sind, in den Kreis des alt-civilen und prätorischen Notherbenrechts. Von diesen ist hier nicht die Rede, denn für die Concurrenzfälle dieser Personen gelten noch ganz andere Grundsätze, die wir später untersuchen werden. Es sind also zu den **conjunctae personae** nur die **liberi** zu zählen, welche nicht auf die nominelle oder wahre **c. t. b. p.**, sondern höchstens auf die Querel Anspruch haben, mithin die durch Mannsstamm verbundenen Descendenten, wenn noch die sie mit dem Erblasser verbindende und ausschließende Mittelsperson vorhanden ist, ferner alle Descendenten durch Weiber [6]). Die Römer nennen deßhalb auch kurz diese Descendenten, im Gegensatz der zur **c. t.** berechtigten **liberi**, die **liberi, quibus legata praestantur** [7]). —

weigert wurde, die naturalis aequitas, auf die sich Ulpian beruft, daß ihnen die Legate conservirt wurden. So kommt es, daß das Edict alle parentes et liberi beschützt, ohne Unterschied, ob sie im einzelnen Fall die Querel haben oder nicht. — Daß übrigens eine querela inoff. gegen den c. t. b. possessor möglich ist, zeigt das in fr. 20. pr. in fin. de b. p. c. t. angeführte Beispiel.

5) Fr. 1. §. 1.—3. fr. 2. de legat. praest. — Die Zeit, auf welche für das Vorhandensein des Verwandtschaftsverhältnisses gesehen wird, ist der dies legati cedens. Fr. 24. de legat. praest.

6) Fr. 25. §. 1. u. 2. de legat. praest. fr. 13 §. 1. de b. p. c. t. (Der Jurist entscheidet hier stillschweigend, daß der nepos die virilis portio erhalten soll, ebenso muß es also auch mit den Legaten sein). Von dem nepos post emancipationem filii susceptus sprechen noch insbesondere fr. 3 u. 7. de conjung. cum emanc.

7) Fr. 5. §. 3. de legat. praest. — Fr. 5. §. 2. eod.: Omnibus autem liberis praestari legata Praetor voluit, exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem Praetor dedit ex causis supra scriptis; nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere (s. §. 83. zu Note 6.). Constituere igitur apud se debet, utrum c. t. b. p. petat, an vero legatum persequatur; si elegerit c. t., non habebit lega-

Nachdem diese Aufrechthaltung der Vermächtnisse an die conjunctae personae einmal feststand, ist es auch sehr erklärlich, daß man noch weiter ging, und selbst die Erbeseinsetzung dieser Personen trotz der c. t. b. p. bestehen ließ. Da die Ernennung zum Erben den Römern noch ehrenvoller erschien als ein bloßes Vermächtniß, da man aber die Bedenkung der conjunctae personae aufrecht hielt, weil man den Erblasser für verpflichtet ansah, seine nächsten Verwandten zu ehren („honoriren"), so lag die Schlußfolgerung nahe, daß unmöglich diese höhere Pflichterfüllung durch einen dazwischen tretenden Notherben wieder zunicht gemacht werden könne [8]).

Indeß hat sich dies doch erst späterhin, nämlich auf die Autorität Julians hin festgestellt, indem der Gedanke dieses Juristen durch ein eigenes Kaisergesetz anerkannt wurde [9]). Und jedenfalls müssen wir nun auch zugestehen, daß hierin eine wahre Ausnahme von dem Grundprincip der c. t. liegt, wonach eigentlich alle extranei »a tota hereditate repelluntur«. Denn es ist kein Zweifel, daß wir diese conjunctae personae zu den extranei (im Gegensatz der sui) zu zählen haben [10]). Aber eben so ist auch die Conservirung der Legate an dieselben eine wahre Ausnahme von der Regel, wonach der c. t.

---

tum, si legatum elegerit, eo jure utimur, ne petat b. p. contra tabulas.

8) Fr. 5. §. 6. de legat. praest. — Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Julianus saepissime scripsit, in portione quoque hereditatis idem, quod in legato, probandum; cujus sententia rescripto divi Pii comprobata est, quum hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur. fr. 3. §. 2. eod.

9) Mühlenbruch a. a. O. S. 27. — Fr. 1. pr. de leg. praest. — »et ad aliquid novam.« Erst durch das Rescript des Pius scheint es zum wirklich praktischen Recht geworden zu sein, da fr. 21. de leg. praest. es ein beneficium legis nennt. S. auch fr. 7. eod. und fr. 7. de conjung. »nunc vero post constitutionem divi Pii.« —

10) In anderer Weise werden aber doch die conj. pers. wieder den ganz fremden entgegengesetzt (fr. 5. §. 8. de legat. praest.), offenbar weil sie, wie ein Jurist einmal von einem anderen Fall sagt, non in totum extranei sind.

b. possessor seine materielle pars wie ein Intestaterbe erhalten sollte. Da indessen Gründe genug vorhanden waren, diese Ausnahme aufzustellen, so konnte man leicht den weiteren Schritt thun, und sie auch auf die Erbeseinsetzung ausdehnen.

Die Römer haben aber diese neben der c. t. aufrechterhaltene Institution der pers. conj. stets als ein ganz eigenthümliches anomales Rechtsverhältniß behandelt, wie sie denn auch eine ganz eigene, schon von Mühlenbruch bemerkte, Terminologie für dieselbe haben: **Conservatur portio hereditatis** heißt es stets von ihnen, und es wird ausdrücklich hinzugesetzt, diese portio könne nie den Virilthell übersteigen, weil natürlich die conj. pers. nie mehr erhalten darf, als der c. t. b. possessor selbst, ein Satz, der auch ebenso schon für die Vermächtnisse gilt [11].

---

11) Fr. 5. §. 7. fr. 6. 7. fr. 15. §. 2. de legat. praest. Man hat diese Einschränkung auf die portio virilis ursprünglich für die Vermächtnisse an conjuncti aufgestellt, und dann auf die Institution übertragen. Dies erhellt aus der Art, wie die Römer alle übrigen Bedenkungen der conj. pers. stets mit den Legaten vergleichen, weßhalb auch, wenn der intestato Verstorbene ihnen mort. causa donationes gegeben hatte, Marcian in fr. 20. §. 1. eod. entscheidet, es könne keine Beschränkung ad virilem eintreten, quoniam comparatio nulla legatorum occurrit. — Uebrigens tadelten die Römischen Juristen das Edict (fr. 6. eod. saepe animadverti, hanc partem edicti habere nonnullas reprehensiones) darin, daß es die Berechnung dieser Virilportion bei der Concurrenz mehrer conj. personae unentschieden gelassen hatte. Sollte hier einem Jeden von ihnen ein Viriltheil conservirt werden? Dies schien den Römischen Juristen eine zu große Unbilligkeit gegen den c. t. b. possessor, und so nahm man denn sowohl für Vermächtnisse, als die Institution der conj. personae an, daß sie alle zusammen nur einen Viriltheil bekommen sollten. Julian scheint dies aufgebracht zu haben, was dann allgemeine Billigung fand, so daß es von Ulpian als ganz feststehendes Recht vorgetragen wird, fr. 6. fr. 8. pr. de legat. praest. s. Franckes Notherbenrecht. S. 148. Freilich konnte nun dies doch bisweilen vortheilhafter sein, als wenn dem, welchem die portio virilis conservirt wird, die c. t. b. p. aus eigenem Rechte zustände. fr. 7. de conjungendis. Man entschied sich aber doch für die Conservirung der portio, weil auch schon bei Legaten an conj. pers. ganz dasselbe Resultat herauskommen konnte,

Das ganze Rechtsverhältniß schwebt in merkwürdiger Weise zwischen den Grundsätzen der Erbeinsetzung und des Vermächtnisses in der Mitte, was sich daraus erklärt, daß man eines theils freilich manche Folgen des Erbeseins unmöglich läugnen konnte, sobald einmal die Erbeseinsetzung für gültig erklärt war, — anderntheils man aber doch die ganze lediglich von den Legaten hergenommene Ausnahme von diesen letzteren nicht zu sehr entfernen, und dem Rechte des c. t. b. possessor nicht zu sehr Abbruch thun wollte. Betrachten wir beide Punkte noch etwas genauer.

a) Ein Ausfluß des Erbeseins ist, daß die instituirte conj. pers. selbst wieder an der Legatenzahlung, und zwar an die exceptae personae, Theil nehmen muß [12]). Eine an-

---

und die Institution ganz nach der comparatio legatorum beurtheilt wurde (nam et legatum eidem datum praestaret (fr. 7. cit.).

12) Fr. 5. §. 8. de legat. praest. Siehe über diese schwierige Stelle Mühlenbruch a. a. O. S. 39. Note 84., dessen Erklärung aber auch wohl nicht befriedigend ist, denn die instituirte conj. pers. als heres ex asse anzunehmen, ist doch unmöglich, da so ausdrücklich von der portio hereditatis die Rede ist, und eine Verkürzung derselben durch die c. t. b. p. gar nicht erwähnt wird. — Vielleicht ist Folgendes richtiger. Ulpian sagt, die instituirte conj. pers. brauche bloß an die exceptae personae die Legate zu bezahlen, also die Legate an die extranei werden ungültig. Nun entsteht die Frage, ob die conj. pers. allein den Vortheil dieser für ihre portio ungültigen Legate haben soll. Ulpian verneint dies. Er unterscheidet zwei Fälle: 1) es sind außer den (ungültigen) Legaten an extranei noch (gültige) Legate an andere exceptae pers. aufgelegt worden (si legatis onerata sit portio, tam liberorum parentumve, quam extraneorum. Von einer Erwähnung des Abzugs der Falcidia finde ich gar keine Spur, denn das Wort onerata heißt nur, daß die Portion mit Legaten belastet ist, und es wird nirgends weiter in der Stelle auf eine Ueberlastung hingedeutet). In diesem ersten Falle solle der Vortheil der ungültigen Legate unter die sämmtlichen conjunctae pers. (also sowohl den Instituirten, als auch die mit Legaten Bedachten) gleichmäßig repartirt werden. Dieser Satz scheint mir sehr natürlich, da ja die Institution der parentes et liberi doch eigentlich als Legat behandelt wurde (s. im Text № b.), und nun auch die eine instituirte conj. pers. nicht, im Vorzug vor den übrigen, den Vortheil der ungültigen Legate allein ziehen sollte. Sie erscheinen hier gleichsam Alle als Collegatare, unter welche die un-

dere Einwirkung mußte die Conservirung der portio hereditatis auf die Freiheitsertheilungen äußern. Wir haben vorher gesehen, daß, wenn ein ganz Fremder instituirt ist, seine her. aditio für die Gültigkeit derselben gar keine Bedeutung haben kann, denn er wird ja durch die c. t. vollkommen removirt, und die Frage, wie weit das Testament gültig und ungültig sei, kann nicht von seinem Willen, sondern lediglich von den positiven Regeln der c. t. b. p. abhängen. Hier aber gestaltet sich die Sache offenbar ganz anders. Die Institution der conj. pers. wird nun einmal durch die c. t. nicht vernichtet, da wir hier also einen jure scriptus heres vor uns haben, so kann man auch unmöglich seine her. aditio für eine ungültige, nichts bedeutende Handlung erklären. Daraus folgt denn aber wieder mit unumgänglicher Consequenz, daß, wenn die conj. pers. diese her. aditio vornimmt, die Freiheitsertheilungen gültig werden. Deßhalb sagt denn auch Ulpian in fr. 8. §. 2. de legat. praest.: si adierit hereditatem is, cui virilis conservatur, libertates competent ex necessitate per aditionem. Die Bezeichnung des Instituirten durch die Worte: is cui virilis portio conservatur beweist ganz unwiderleglich, daß hier nur von dem Ausnahmsfall der instituirten conj. pers. die Rede ist [13]), und Ulpians

gültigen Legate vertheilt werden. 2) Der andere Fall ist, wenn keine conj. pers. da sind, mit denen man die ungültigen Legate zu theilen hätte (si non legatariis liberis parentibusque dandum sit), also der instituirten conj. pers. lediglich an extranei Legate aufgelegt wurden. Da diese, wie schon vorher gesagt ist, ungültig, aber keine andere conj. pers. vorhanden sind, unter welche der Vortheil zu repartiren wäre, so soll nun, wie Ulpian sagt, dieser Vortheil mit dem c. t. b. possessor getheilt werden, offenbar nach Viriltheilen (quod extraneis non praestatur, communicatur cum eo, qui c. t. petit). Auch dieser Ausspruch ist sehr erklärlich. Wenn die ungültigen Legate nicht an Collegatare fallen, so bleiben sie in hereditate. Der eigentliche Erbe ist hier aber der c. t. b. possessor, die instituirte conj. pers. leitet nur von ihm ihr Recht ab. Sie sollen deßhalb auch als coheredes den Vortheil der ungültigen Legate theilen, ebenso wie der Notherbe den Vortheil ganz allein zieht, wenn die conj. pers. repudiirt (fr. 21. eod.).

13) Dies hebt mit Recht schon Mühlenbruch hervor (a. a. O. S. 38.),

Gedankengang ist offenbar der: weil hier der pers. conj. ihr Erbtheil conservirt wird, sie also nicht a tota hereditate repellitur, so ist es freilich nothwendig, daß sie auch die her. aditio vornehmen, und dadurch die Freiheitsertheilungen zur Gültigkeit bringen kann. Daraus folgt, daß diese Stelle in keiner Weise benutzt werden darf, um die Gültigkeit der libertates auch bei der her. ad. eines ganz fremden scriptus heres darzuthun; im Gegentheil, da der plane extraneus a tota hereditate repellitur, so führt schon diese Stelle auf den umgekehrten Schluß, daß dann auch gar keine necessitas vorliegt, die Freiheitsertheilungen gelten zu lassen.

b) Dies sind die beiden Punkte, in denen die Conservirung der virilis portio nach den Grundsätzen der heredis institutio behandelt wird. Die conj. pers. kann an und für sich nicht verhindert werden, die her. ad. vorzunehmen, und sie muß jedenfalls, auch wenn sie dies nicht gethan hat, an der Zahlung der Vermächtnisse für andere conj. pers. Theil nehmen [14]). Aber dieser letzte Punkt zeigt schon, daß man die Succession der conj. pers. keineswegs als eine gewöhnliche testamentarische behandeln wollte, denn sonst würde sie verpflichtet gewesen sein, die Legate auch an die völlig extranei

---

und es ist auch gar nicht einmal nöthig, es in so zweifelndem Tone, wie er thut, als etwas bloß „Wahrscheinliches“ vorzutragen. Außer, daß die Stelle selbst es schon zeigt, es sei nur von der portio der conj. pers. die Rede, sieht man dies auch aus dem ganzen Fragmente, dem der angeführte §. 2. angehört. Es ist ganz augenscheinlich, daß die beiden Fragmente, 5 u. 8 de legatis praestandis in Ulpians Edictscommentar sich aneinander schlossen. In beiden ist von dem Recht der conjunctae personae die Rede, und die Compilatoren schoben nur fr. 6. und 7. dazwischen, um noch genauer das zu erklären, was Ulpian in den letzten beiden §§. des fr. 5. ausführt.

14) Hiebei entsteht die Frage, ob, wenn sie die her. aditio vornahm, sie nicht alle Legate bezahlen mußte, ebensogut, wie alle Freiheitsertheilungen gültig wurden? Die Quellen sprechen davon nicht; mir scheint die Bejahung aber sehr wahrscheinlich. Nur müssen die übrigen conjuncti, oder der c. t. b. possessor, die ein Recht auf communicatio des Vortheils aus den ungültigen Legaten hatten, die doli actio haben anstellen können.

pro rata ihrer portio zu zahlen. Noch viel mehr sieht man dies aus der Art, wie die Römer jene necessitas, daß durch die her. aditio die libertates gültig wurden, zu umgehen wußten. Ulpian fährt darüber in fr. 8. §. 2. cit. folgendermaßen fort:

> Verumtamen videndum est, an de dolo actione teneatur, qui adiit? Et magis est, ut si denuntiante eo, qui praeteritus accepit c. t. b. p., hic adiit hereditatem, pollicente eo portionem virilem, sit quod ei imputetur, et de dolo actione teneatur; damno enim afficit hereditatem, dum competunt libertates.

In diesen letzten Worten, die wir schon oben benutzten, ist offenbar das Grundprincip der c. t. angegeben. Indem der Prätor den liberi die materielle pars hereditatis zuwenden will, welche sie ab intestato erhalten haben würden, so muß er diejenigen testamentarischen Verfügungen vernichten, welche eben diese materielle hereditas dem Notherben verringern (damno afficiunt). Deßhalb müssen da, wo der scriptus heres vollkommen a hereditate repellitur, die libertates von vorn herein ungültig sein; wo dagegen der conj. pers. ihre portio conservirt wird, da ist freilich die Ungültigkeitserklärung nicht so direct möglich, sie würde aller Consequenz Hohn sprechen. Aber das Princip der c. t. muß darum doch nicht minder aufrecht erhalten werden, und so sucht man dies denn indirect durch Umwege zu erlangen. Unsere Stelle theilt uns dies sehr deutlich mit.

Man ging darauf aus, die her. aditio der conj. pers. und also die daraus hervorgehende rein testamentarische Succession zu verhindern. Der Mittel, die hierauf abzielen, sind zwei. Zuerst soll der c. t. b. possessor seinem Verwandten denuntiiren, daß er sein Notherbenrecht geltend mache, und bereit sei, ihm seine portio virilis auszuzahlen. Und damit soll die conj. pers. zufrieden sein, und die her. aditio unterlassen. Was ist dies nun für ein Rechtsverhältniß? Heres wird sie nicht, denn sie hat ja gerade die Antretung nicht vorgenommen. Bonorum possessor ist sie auch nicht, denn es ist nicht daran zu denken, daß sie etwa die b. p. commisso

per alium edicto agnosciren könne. Wir sehen aus Ulpians Worten: pollicente eo portionem virilem sehr klar, von welchem Gesichtspunkte aus die Römer das Ganze behandeln. Der b. possessor soll der alleinige eigentliche Universalsuccessor sein, die conj. pers. von ihm ihr ganzes Recht ableiten, und auf ihr selbständiges civiles, auf her. aditio gestütztes Erbrecht verzichten. Sie gilt ähnlich wie ein Vermächtnißnehmer [15]), dem eine Quote der Erbschaft zu restituiren ist, aber dafür hat sie nun auch an den Vortheilen der c. t. Antheil. Die auf ihre portio gelegten Vermächtnisse werden ganz nach den Grundsätzen der c. t. b. p., ebenso als wie wenn sie selbst diese agnoscirt hätte, ungültig. Freilich, wie sich von selbst versteht, auch wieder mit derselben Ausnahme, die überhaupt hiebei gilt, und auf der ja ihr ganzes eigenes Recht ruht, daß nämlich wieder an andere conj. pers. die Legate zu zahlen sind. Ferner ist nun, durch die Verhinderung der her. ad. der andere Vortheil, der freilich der conj. pers. nicht weiter zu Gute kommen soll, erlangt, daß die libertates ungültig bleiben, und mithin das Princip der c. t. auch hier wirklich aufrecht erhalten wird.

> Fr. 23. de legat. praest. — Hi, quibus relictum in virilem portionem divus Pius conservari constituit, ex servis, qui libertatem propter bonorum possessionem contra tabulas acceptam consequi non potuerunt, nihil habebunt.

Diese Stelle bestätigt durch ihre Entscheidung sowie die Art der Argumentation alles über die Freiheitsertheilungen und das Ausnahmsrecht der conjunctae personae Gesagte, wie mir scheint, vollständig. Als der eigentliche Grund, weßhalb die libertates nicht gelten, wird die Agnition der c. t.

---

15) Daraus erklärt sich jener in Note 12. angeführte Satz, daß in Bezug auf den Vortheil aus den an extranei hinterlassenen Legaten die instituirte conj. pers. doch nicht besser stehen soll, als die bloß mit einem Legat bedachte. Jene, sobald sie die Legate an extranei nicht zu zahlen hat, muß ja immer als auf die her. ad. verzichtend gedacht werden, dann aber steht sie dem b. possessor als Vermächtnißnehmer gegenüber, und theilt mit den übrigen Legataren die wegfallenden Vermächtnisse.

angeführt, nicht aber die Unterlassung der her. aditio. Man sah es also als regelmäßige Folge der c. t. an, daß die her. aditio der conj. pers. unterbleiben müsse, und so denn auch als Folge der c. t., daß die Freilassungen nicht gelten. Um so mehr aber wird hiedurch bewiesen, daß, wenn der scriptus ein extraneus ist, also seine her. aditio überhaupt gar nicht berücksichtigt zu werden braucht, die libertates durch die c. t. vernichtet werden. Andererseits aber zeigt die Stelle auch, daß die conj. pers. dem b. possessor gegenüber vorherrschend als Vermächtnißnehmer behandelt wird. In Beziehung auf die Legate an extranei, die durch die c. t. ungültig werden, erscheint er freilich als coheres, indem ihr Werth nicht dem b. possessor allein zufällt, sondern Beide ihn mit einander theilen (s. Note 12.). Und dies erscheint auch billig, da doch die Legate auf der Portion des Instituirten unmittelbar haften, und ebensogut wie er sie an die conjuncti zu zahlen hat, so er auch an dem Vortheile der nicht zu zahlenden Legate seinen Antheil haben muß. Dagegen die Freiheitsertheilungen erscheinen mehr als ein gleich von der ganzen Erbschaft zu machender Abzug, und von dem Vortheile, daß dieser hier nicht die Erbschaft vermindert, soll die conj. pers. nichts erhalten, denn da die libertates nicht gelten, so kann sie auch die her. aditio nicht vorgenommen haben. Erbin also ist sie nicht, und sie soll sich auch nicht darauf berufen, daß durch ihre Unterlassung der her. ad. der Vortheil entstanden sei. Denn sobald der b. possessor ihr denunciirt und den Erbtheil verspricht, so ist sie zu dieser Unterlassung positiv verpflichtet, sie soll eben mit dem ihr gemachten Versprechen zufrieden sein. Die c. t. also ist es, welche die libertates vernichtet, und zugleich den einzigen Weg, sie zur Gültigkeit zu bringen, entschieden verbietet. So aber erklärt es sich, daß der, welcher gar nicht heres ist, auch nicht an dem Vortheile aus den ungültigen Freiheitsertheilungen Antheil haben soll, sondern daß dieser lediglich dem b. possessor zufällt. —

Dies ist die Gestalt, welche das Verhältniß der pers. conj. und des bonorum possessor regelmäßig haben soll. Aber in dem Bisherigen liegt schon, daß dem gegenüber die Vornahme

der her. ad. doch immer denkbar bleibt. Es kann dies geschehen sein, weil der b. possessor die Denuntiation gar nicht hatte ergehen lassen. Alsdann hat er es sich selbst zuzurechnen. Wenn aber die Denuntiation nicht versäumt worden war, so wäre die her. aditio stets dolus, und deßhalb kann der Instituirte auch mit der actio doli belangt werden. Und diese drohende Strafe ist ein zweites, kräftiges Mittel, um denselben, falls die Vortheile der vom Prätor ihm zugewiesenen Stellung ihn nicht bewegen sollten, dennoch zum Verzichte auf die civile testamentarische Succession zu veranlassen.

V. Die abgeleitete c. t. b. p.

§. 85. Die Wirkungen der c. t. in Bezug auf die Nebenbestimmungen des Testamentes sind jetzt vollständig entwickelt. Mit dem Hauptpunkte aber, der Wirkung auf die Institution, sind wir noch nicht zu Ende. Bisher sind nur erst die zwei Fälle untersucht worden, wenn der institutus ein völlig extraneus (§. 82.), und wenn er eine conjuncta persona ist, welche letztere die Römer bald unter die extranei im w. S. rechnen, bald den extranei im engeren Sinne entgegensetzen. Wir müssen jetzt zu dem dritten Falle übergehen, wenn der institutus einer von den liberi ist, welchen im Fall der Präterition die nominelle oder wahre c. t. b. p. zusteht. Daß dieser Fall eine von den beiden anderen ganz verschiedene Gestalt darbieten muß, ist bei dem Zwecke des Prätors, die c. t. zu einer allgemeinen Erbschaftsregulirung sämmtlicher liberi zu machen, sehr natürlich. Es bezieht sich darauf ein ganz eigenes Institut, die b. p. commisso per alium edicto. Wir wollen sie kurz die abgeleitete c. t. b. p. nennen [1]).

Die Voraussetzung ist, daß zwei Notherben neben einan-

1) Fr. 3. §. 11. de b. p. c. t. — Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad c. t. b. p. vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est, ei contra tabulas dari? Plane si alius committat edictum, et ipse ad c. t. b. p. admittetur.

der stehen, deren Einem sein Notherbenrecht gewahrt wurde, während der Andere präterirt ist. Jener Erstere kann, wie ich eben schon bemerkte, ein civiler oder Prätorischer Notherbe sein, dem also im Fall der Präterition die nominelle oder wahre c. t. zustehen würde. Ebenso ist aber auch umgekehrt unter dem Präterirten sowohl der civile als Prätorische Notherbe zu verstehen. Denn, wie ich oben schon anführte, es hat die nominelle c. t. der civilen Notherben gerade darin eine Hauptbedeutung, daß hier aus dem majus der reinen Intestatsuccession für andere Personen wenigstens das minus der wahren c. t. b. p. abgeleitet werden kann.

Indeß haben wir einstweilen diesen Fall hier noch unberücksichtigt zu lassen, indem, wie gleich im Anfang des §. 82. hervorgehoben wurde, vorerst ohne Rücksicht auf die Concurrenz des Intestaterbrechts civiler Notherben, rein die Wirkungen der wahren c. t. b. p. festzustellen sind. Wir werden auch später sehen, daß eine Committirung der c. t. b. p. aus der Person eines Intestaterben, erst spätere Fortbildungen der Römischen Jurisprudenz sind, während man anfangs meinte, daß nur aus der Person dessen, der zur wahren c. t. berufen ist, diese auf sämmtliche instituirte sui und emancipati übertragen werden könne. Demnach denken wir uns also neben dem Instituirten einen präterirten Accrescenzerben oder emancipatus.

Es lag freilich sehr nahe, daß der Prätor, wenn einmal die Frist der c. t. wegen der Präterition des Prätorischen Notherben lief, er an derselben mit diesem zugleich auch schon die instituirten liberi zuließ, damit gleich aus der Zahl der Concurrenten bestimmt werden könne, auf welche Quote dem Präterirten die c. t. zu geben sei. Dieser soll ja nur eine so große pars erhalten, als er ab intestato bekommen haben würde, wenn kein Testament gemacht wäre, also im Verhältniß zu seinen instituirten Geschwistern einen Viriltheil. Das aber läßt sich nur aus der Zahl sämmtlicher liberi ersehen, und sie also gleich in derselben ersten Frist allesammt berufen, wäre nichts weiter gewesen, als was an und für sich nur in der nominellen c. t. der präterirten filii sui und postumi liegt, daß sie nämlich, während andere Geschwister die

c. t. agnosciren, in derselben Frist auch zugleich die b. p. auf ihren Intestattheil erhalten. Läge hier also nichts weiter vor, so könnten wir auch diese in derselben ersten Frist ertheilte b. p. der Instituirten ebenfalls nur eine nominelle c. t. nennen, während sie doch dem Wesen nach eine wahre sec. tab. wäre. Aber daß man hiebei nicht wohl stehen bleiben konnte, ist leicht einzusehen.

Indem man dem präterirten Notherben seinen Virilthеil gewähren wollte, mußten jedenfalls die instituirten liberi, wenn sie auf mehr als die virilis portio eingesetzt waren, bis auf diese verkürzt werden. Kamen sie also durch die c. t. ihres Bruders in Schaden, so war es auch wieder billig, daß sie umgekehrt an den Vortheilen dieser Succession Theil nahmen. Aber hier kommt überhaupt noch mehr als die Billigkeit in Betracht.

Man muß sich wohl hüten, die c. t. b. p. als ein bloßes Rechtsmittel, wodurch der Präterirte seinen materiellen Intestattheil erhielte, anzusehen; als wenn hier etwas Aehnliches, wie bei der querela inoff. vorläge. Die c. t. afficirt das ganze Testament, sie geht, wie jede andere b. p., auf die ganze Universalsuccession. Sie ist keine Klage, kein Rechtsmittel, gegen die bestimmte Person des scriptus heres gerichtet, sie ist eine absolute, auf die volle Repräsentation des Verstorbenen gerichtete, Beerbung [1a]). Freilich tritt sie nicht ganz ipso jure ein, sie setzt die besondere Erbittung voraus, aber das verändert doch in ihrem Wesen nichts, und so duldet sie an und für sich keine andere Succession neben sich.

Allerdings konnte neben der wahren c. t. das Intestaterbrecht eines filius oder postumus praeteritus nicht vernichtet werden, aber gerade deßhalb fügte man dies wenigstens als nominelle c. t. an die wahre an, um doch wenigstens äußerlich eine gleichartige Succession zu haben. Ebenso ist es nun auch mit den instituirten liberi. Der Prätor will ja nur die extranei vertreiben, und unter sämmtlichen liberi eine

---

1a) Deßhalb wird von dem Theile der instituirten liberi gesagt: nam quod habuit ex judicio (parentis), convertitur ad contra tabulas bonorum possessionem. Fr. 3. de dotis coll.

gleiche Vermögensvertheilung herstellen; also kann er nicht die zurückweisen, die, wären sie nicht instituirt, selbst die c. t. haben würden. Da nun aber doch die c. t. das ganze Testament und das ganze Vermögen betrifft, so müssen nothwendig auch die Instituirten daran Theil nehmen. Das eben heißt es, daß sie commisso per alium edicto die c. t. agnosciren dürfen. Aber unmöglich konnte ihnen diese Agnition als nothwendige Pflicht aufgelegt werden. Da der Prätor nichts will, als den Präterirten ihnen gleichstellen, nicht aber ihn vorziehen, so kann die Unterlassung der Agnition unmöglich den Verlust ihres Rechts mit sich führen. Der Prätor berücksichtigt sie, auch wenn sie nicht vor ihm erscheinen.

Hieraus erklärt sich die Stellung der Instituirten dem Präterirten gegenüber. Sie zerlegt sich in drei Fälle.

1. Wenn der Instituirte die abgeleitete b. p. agnoscirt, so erhält er dadurch stets den Viriltheil. War er also auf Weniger eingesetzt, so gewann er [2]); war ihm eine größere Quote vom Erblasser zugetheilt, so gereichte ihm die b. p. zum Nachtheil, dem er aber auch durch Unterlassung der Agnition gar nicht entgehen kann. Denn es soll nun einmal gegen den Willen des Erblassers wegen Präterition des Einen eine gleichmäßige Vertheilung der Erbschaft nach Virilportionen eintreten.

Wir finden also in dieser Beschränkung auf den Viriltheil dasselbe, was auch bei den conjunctae personae eintritt. Aber das Recht der Letzteren unterscheidet sich doch von dem der instituirten liberi wesentlich dadurch, daß jene nie mehr erhalten können, als worauf sie instituirt sind, daß sie ferner

---

2) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus juris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent. Quippe si filius, qui in potestate patris est, ex duodecima parte heres scribatur emancipato praeterito, dimidiam partem beneficio emancipati occupat, qui si emancipatum fratrem non haberet, duodecimam partem habiturus esset. Sed si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte, qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per b. p. habere potest. Es folgen dann die schon §. 82. mitgetheilten Worte.

ihr Recht nur vom b. possessor, einem Vermächtnisse gleich, ableiten sollen, wobei also die Voraussetzung ist, daß der b. possessor die Agnition schon vorgenommen haben muß. Die instituirten liberi aber haben ein ganz selbständiges Recht auf die b. p., sie sollen ja doch jedenfalls wegen ihrer eigenen Person einen Virilthei erhalten. Daß sie denselben nach dem Recht der c. t. erhalten, wird freilich aus der Präterition ihres Bruders abgeleitet, da sie aber auch ohne das einen Anspruch auf b. p. haben, so brauchen sie nicht zu warten, bis der Präterirte sein Recht geltend macht. Ihre b. p. wird nur eben, weil sich die c. t. nothwendig auf die ganze Universalsuccession erstreckt, ihrem Inhalte nach durch den Präterirten anders gestaltet, als dies aus ihrer eigenen Person, und ihrem Rechte als Instituirte folgen würde [3]).

2. Weil der Anspruch der instituirten liberi ein selbständiges nur dem Inhalte nach durch den Präterirten modificirtes Recht ist, so konnte man unmöglich folgern, daß, wenn er die abgeleitete b. p. c. t. nicht agnosciren wollte, sein Theil schon deßhalb als ausgeschlagen den Uebrigen accrescire. Der Zweck der c. t. ist doch nur, dem Präterirten seinen Viriltheil zu verschaffen, und wenn nun auch die c. t. allerdings auf die ganze Universalsuccession sich erstreckt, so kann dies nicht so weit ausgedehnt werden, daß es den Instituirten bei Verlust alles Rechts zwänge, an der notherbenrechtlichen Succession Theil zu nehmen. So kommt es, daß man ihn auch schützen mußte, wenn er aus dem Testamente die her. aditio vornahm. Freilich in soweit beherrscht ihn auch dann die c. t., daß er nie mehr als den Viriltheil erhalten kann. Ist er aber nur auf diesen oder auf weniger instituirt, so kann er als civiler Erbe seinen ganzen Institutionstheil sich aneignen [3a]).

---

3) Fr. 10. §. 6. eod. — Hi, qui propter alios c. t. b. p. petunt, non exspectant, ut praeteriti b. p. accipiant, verum ipsi quoque b. p. petere c. t. possunt; quum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, jam non curant, petant illi, nec ne, bonorum possessionem.

3a) Dies Recht geht auch auf die Erben des Instituirten über, wenn er ohne Agnition der b. p. gestorben ist, und ihm sein Institutionstheil als suus heres ipso jure zugefallen war. Auf die

Durch die Wahl der her. ad. vermag er also nie zu gewinnen, wohl aber kann er dadurch verlieren, denn die Wirkung der her. aditio ist, daß er sogleich den Anspruch auf die abgeleitete c. t. verliert, weil diese mit einer Anerkennung des Testamentes nicht vereinbar ist (s. §. 83. Note 5. u. 6.) [4]).

Wirkungen der c. t. haben dann aber diese Erben keinen Anspruch. Fr. 1. §. 8. de collatione.

4) Fr. 14. pr. eod. (Africanus). — Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere b. p. respondit, quia judicium patris secutus sit; nec enim emancipatum, si legatum acceperit, admitti ad b. p., sive ab heredibus institutis, sive ab his, qui c. t. petierint, acceperint. Sed illud observandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si b. p. accepisset, ut hactenus deteriorem causam suam fecerit; quodsi ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. Hier bestand übrigens eine Controverse unter den Römischen Juristen. Die Einen (mit African) hielten streng an der im Text angegebenen Regel fest, daß, wer das Testament anerkenne, keinen Anspruch auf die c. t. und deren Vortheile habe. Die tuitio Praetoris, welche rücksichtlich des antretenden Instituirten erwähnt wird, ist daher nicht etwa die Ertheilung einer b. p. an denselben, wie Mühlenbruch meint (a. a. O. S. 35. Note 79.), denn es wird hier gerade vorausgesetzt, der Instituirte habe sie nicht agnoscirt, sondern sie bedeutet die Aufrechthaltung des reinen Civilrechts, neben der dem Präterirten ertheilten c. t. — Die Gegner des African, zu denen Paulus gehört, nahmen die mildere Ansicht an, daß, da der Instituirte doch die c. t. hätte agnosciren können, er die Vortheile derselben genießen solle, als wenn er sie wirklich agnoscirt habe. Fr. 15. §. 1. de legat. praest. — Sed si scriptus quidem adierit hereditatem, praeteritus autem b. p. acceperit, hic quidem, qui b. p. accepit, certis personis legata debebit. De scripto autem quaeritur. Et complures putant, certis personis et eum praestare debere. Quod puto verius esse, nam et Praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui c. t. petere potuerunt. — Für Paulus spricht die Billigkeit, wenn man sich denkt, daß der scriptus durch irrige und unbedachte Antretung sich mittelst der an extranei zu zahlenden Legate großen Schaden verursacht hat. Je-

Allerdings kommt hiedurch das Resultat heraus, daß wieder zwei verschiedene Successionen neben einander bestehen, eine testamentarische und eine c. t.; aber das ist nun einmal nicht zu ändern. Das Princip, alle liberi neben einander anzuerkennen, ist die Hauptsache. Das andere, nämlich die Grundsätze der c. t. über die ganze Erbschaft herrschen zu lassen, ist das schwächere, das im Conflict mit jenem zurückweichen muß. Der Prätor kann nichts thun, als den Instituirten die Möglichkeit bieten, sich der c. t. zu bedienen. Gegen ihren Willen das zweite Princip durchführen, hieße einer juristischen Theorie zu Liebe den Hauptzweck verfehlen, den man vor Augen hatte [5]).

Vergleichen wir nun aber wieder das Recht der instituirten liberi mit dem der übrigen Instituirten, namentlich der conjunctae personae. Es besteht hier eine völlige Stufenfolge. Der extraneus wird ganz hinweggeräumt, seine hereditatis aditio hat, wenigstens für ihn selbst gar keine Bedeutung. Die conjuncta persona kann allerdings, weil doch ihre portio virilis conservirt wird, durch Antretung die Erbschaft als testamentarischer Erbe erwerben, aber ihr ist dies durch den Prätor verboten, und sie macht sich mit der actio doli für den Schaden verhaftet, der daraus der Erbschaft erwächst. Ganz anders aber ist es bei den instituirten liberi. Der Prätor muß sie nach seinem eigenen Princip schützen, auch wenn

---

denfalls aber ist Africans Ansicht die juristisch consequentere. Paulus widerspricht sich selbst, indem er eben vorher in demselben § sagt: Sed si solus heres institutus c. t. b. p. acceperit, omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adiisset hereditatem. Also wenn er die hereditas antritt, so muß er doch sämmtliche Legate prästiren, und nun gleich darauf sucht Paulus zu beweisen, daß der die hereditas Antretende sie nicht zu zahlen brauche »perinde atque si accepisset b. p.!« Damit ist also in beiden Fällen ohne Princip gerade das Entgegengesetzte von dem, was eigentlich vorliegt, an die Stelle gesetzt.

5) Indeß wirkt das zweite Princip wenigstens noch in soweit ein, daß der Instituirte, der die her. ad. vorgenommen hat, ebensowenig ein ihm hinterlassenes Legat fordern kann, als wenn er die abgeleitete c. t. b. p. agnoscirt hätte. Fr. 22. de legat. praest.

sie nicht die b. p., sondern die her. aditio erwählen. Es ist also nicht daran zu denken, daß sie dadurch, wie die conj. pers., die doli actio auf sich zögen, denn diese ruht ja nur auf der an die conj. pers. zu machenden Denuntiation, welche hier, wo ein selbständiges dem Präterirten gegenüber vorhandenes Recht des Instituirten vorhanden ist, gar nicht vorkommt. Aber freilich muß der Instituirte nun doch alle Wirkungen der her. aditio, also alle Legate, wenigstens nach der consequenteren Ansicht Africans anerkennen [6]).

3. Das Bisherige zeigt, daß der Prätor bei den insti-

6) Hiedurch bestätigt sich jedenfalls das §. 84. Note 14 Gesagte, daß auch die instituirte conj. pers., wenn sie die her. ad. vornahm, die Legate an die extranei zu zahlen hat, und darin werden Africans Gegner (s. Not. 4.) gewiß nicht anderer Meinung gewesen sein, denn der Billigkeitsgrund des Paulus, quod ex his liberis est, qui c. t. petere potuerunt, paßt für die conj. pers. gar nicht. — Sehr zweifelhaft ist aber umgekehrt die andere Frage, ob, wenn die instituirten liberi die her. ad. vornahmen, die libertates vollkommen gültig geworden seien? Schon bei der instituirten conj. pers. heißt es, sie seien ex necessitate anzuerkennen. Dagegen kann nun aber hier nicht von der actio doli die Rede sein, wodurch sich der b. possessor entschädigte. Und so scheint es, daß nun auch er die libertates vollkommen habe anerkennen müssen. Dennoch kann ich dies kaum glauben. Ebensogut wie der Prätor die c. t. in der Weise über die ganze Erbschaft herrschen läßt, daß dem Präterirten sein Virilthei l durch den Willen des Instituirten nie gekürzt werden kann, so wird er auch keine Einwirkungen auf den Werth dieses Viriltheils zugelassen haben. Ganz so wird ja auch durch die her. ad. dem b. possessor keine größere Pflicht zur Legatenzahlung auferlegt, als ihm schon nach den Regeln der c. t. obliegt. Der Instituirte begründete nur für seinen Institutionstheil die Gültigkeit der Legate an extranei. Freilich kann man ebenso nicht auch die Freiheitsertheilungen behandelt haben, denn die Freiheit ist untheilbar. Aber deßhalb scheint es mir auch gar nicht unwahrscheinlich, daß der Instituirte auf seinen Theil alle Freiheitsertheilungen anrechnen mußte; er hatte den Schaden sich selbst zuzuschreiben, indem er ja die her. ad. unterlassen und die abgeleitete c. t. ergreifen konnte. — In den Quellen wird diese Frage, soviel ich weiß, gar nicht erwähnt, indeß läßt sie sich einigermaßen mit fr. 77. §. 29. de legat. II. vergleichen. Man kann auch hier sagen: libertates praestandas, quas intercidere damni causa durum videbatur.

tuirten liberi sogut wie bei den conjunctae personae die Vornahme der her. aditio verhindern will, nur daß er sie jenen nicht so streng wie diesen verbieten kann. Sein Zweck ist, die ganze Erbschaft nach den Grundsätzen der c. t. b. p. zu reguliren. Und ganz abgesehen von dem in Note 6 vermutheten Punkte, (daß nämlich die Last der Freiheitsertheilung lediglich auf die Portion des Instituirten fiel), so war schon die Ungültigkeit der Legate an extranei genügender Grund, daß man sich vor der her. aditio gehütet haben wird, um der Vortheile der c. t. theilhaftig zu werden. Später, als vielleicht des Paulus Ansicht in die Praxis eingriff, und die Legate an extranei troß der her. aditio ungültig bleiben sollten, mag letztere wieder mehr vorgekommen sein. Auf alle Fälle sehen wir, daß der Prätor die Ungültigkeit der Legate an extranei soviel als möglich zu einer allgemeinen macht, indem sie nicht bloß für den statt findet, der selbst die abgeleitete c. t. hat, sondern auch für den, welchem nur die portio virilis conservatur. Aber daß dies beneficium auch Anderen als dem Präterirten mitgetheilt wird, hat doch nur darin seinen Grund, daß wirklich der Präterirte von seinem Rechte Gebrauch macht. Bei der conj. pers. versteht sich dies immer von selbst, indem die Denuntiation des b. possessor an sie natürlich erst nach der Agnition der b. p. Bedeutung hat, und auf dieser Denuntiation das ganze Recht der conj. pers. ruht. Bei den instituirten liberi aber ist es, wie wir gesehen haben, anders. Sie brauchen die Agnition des Präterirten nicht abzuwarten, um die abgeleitete b. p. geltend zu machen. Aber dadurch wird doch nichts an dem Satze geändert, daß sie dies beneficium der c. t. nur haben, wenn der Präterirte von seinem Rechte Gebrauch macht. Geschieht dies also nicht, so muß der Präterirte ganz wie ein scriptus heres alle Legate zahlen [7]). Seine b. p. hat daher nur den Namen der

---

7) Fr. 15. §. 1. de legat. praest. — Sed si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus, et utrique c. t. b. p. acceperint, et institutus eadem praestat, quae praeteritus. Sed si solus heres institutus c. t. b. p. acceperit, omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adisset hereditatem. Fr. 14.

c. t., dem Wesen nach ist sie eine **secundum tabulas**, und wir können sie ebensogut, wie die des präterirten Haussohns oder **postumus**, eine nominelle nennen, nur daß die letztere ein noch volleres Recht, als die wahre c. t. enthält, während umgekehrt die c. t. des Instituirten nicht einmal die Vortheile der wahren c. t. mit sich führt.

Hieraus aber ersieht man, daß die ganze abgeleitete c. t. b. p. nicht eine eigenthümliche Willkührlichkeit Prätorischer Jurisdiction, sondern lediglich das Ergebniß des allgemeinen Princips ist, eine jede Succession müsse die ganze Erbschaft, die c. t. also auch das ganze Testament umfassen 8). Es ist mithin derselbe Grund, den wir auch für die nominelle b. p. des civilen Notherben oben gerechtfertigt haben, ein Grund, der es von selbst mit sich bringt, daß wenn eine Succession überhaupt nicht eröffnet wird, natürlich auch Andere nicht daran Theil nehmen können. Daß dies Princip hier sich zu einem äußerlich ganz besonderen Institute gestaltet, kommt ja nur daher, daß alle b. p. überhaupt auf specieller Agnition beruht. Wollte man also noch Andere zur c. t. zulassen, so mußte man ihnen eine ganz eigene b. p. geben. Aber auch davon ging, wie wir aus der Ansicht des Paulus sehen, die spätere Jurisprudenz ab, denn seine Meinung, daß der Instituirte troß der her. aditio die Legate an extranei nicht zu zahlen brauche, können wir ja auch so ausdrücken: die einmal eröffnete c. t. wird ipso jure auch auf die übrigen liberi

---

pr. eod. — Eine andere Aufrechthaltung der testamentarischen Succession liegt darin, daß, wenn auch der instituirte Sohn selbst nach dem Rechte der c. t. succedirt, doch der durch Pupillarsubstitution an seine Stelle Rückende ganz an die Vorschriften des Testaments für den auf den Sohn gefallenen Theil gebunden ist. Fr. 126. pr. de legat. I.

8) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — et ideo sive emancipatus, sive is qui in potestate mansit, sive in adoptionem datus ex minima parte heres scriptus sit, non redigitur ad eam portionem, ex qua institutus est, sed virilem accipit. Indem man sagt, der Präterirte solle durch die c. t. den Virilitheil erhalten, so liegt doch darin auch die Anerkennung der Uebrigen, deren Theil also die c. t. des Präterirten in einen Virilitheil verwandeln muß.

ausgedehnt, sobald sie nur überhaupt an der Succession Theil nehmen wollen, eine besondere Agnition ist nicht nöthig.

§. 86. Die abgeleitete b. p. setzt ihrem ganzen Wesen nach, wie oben schon hervorgehoben wurde, solche **liberi** voraus, welche, wenn sie nicht instituirt wären, selbst ein Recht auf die c. t. b. p. haben würden. Dies erkennen auch die Römer ausdrücklich an [1]). Aber in einem Punkte sind sie doch über diesen Satz hinaus gegangen. Nicht bloß instituirte **filii**, und **postumi sui**, Accrescenzerben und Emancipirte haben die abgeleitete b. p., sondern auch den durch Adoption in eine fremde Familie Gegebenen ist sie zugestanden worden. Und zwar nicht erst durch erweiternde Interpretation der Juristen, sondern in Folge ausdrücklicher Verfügung des Edicts:

> **Fr. 8. §. 11. de b. p. c. t. (Ulp.) — In adoptionem datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint; et hoc justissime eum fecisse Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt. Ergo et si fuerint heredes scripti, accipient c. t. b. p.; sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis, qui solent committere edictum. Sed si ipse scriptus non sit, sed alius, qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad b. p. c. t. admittamus.**

Die c. t. b. p. wurde, wie wir gesehen haben, eingeführt, um die **extranei** von der Erbschaft zu vertreiben, unter den **liberi** aber eine gleichmäßige Vertheilung der Erbschaft eintreten zu lassen. Es lag sehr nahe, daß man fragen mußte, zu welchen von beiden Klassen, den **liberi** oder **extranei**, man den **in adoptionem datus** (unter dem natürlich ein leibliches Kind vorausgesetzt wird [2])) zu rechnen habe. Wenn nun frei-

---

1) Fr. 10. §. 4. de b. p. c. t. — Liberi, qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum; quo enim bonum est, iis favere, ut partem faciant, nihil habituris? Diese liberi sind also die, welchen, wenn sie instituirt sind, die portio virilis conservatur.

2) Fr. 8. §. 12. eod. — Ut autem admittantur ad b. p., ex liberis esse eos oportet.

lich kein Zweifel sein konnte, daß ihm die c. t. nicht selbständig zugestanden werden könne, so war es doch etwas ganz Anderes, ob, wenn er instituirt war, er mit den übrigen extranei solle ausgetrieben werden. Es wird ja gerade vorausgesetzt, daß er ex liberis sei (Note 2), und er kann doch unmöglich, wie Labeo auch in der angeführten Stelle hervorhebt, in totum extraneus genannt werden. Sehr natürlich daher, daß der Prätor, als er den Accrescenzerben die c. t. zur Vertreibung der extranei gab, und also umgekehrt die instituirten liberi an der c. t. mit Theil nehmen ließ, den in adoptionem datus diesen letzteren zuzählte.

Die weiteren Regeln, unter welchen derselbe gerufen wird, sind einfach zu bestimmen. Wie er sich überhaupt dadurch von den übrigen liberi unterscheidet, daß er nie aus eigener Person die c. t. haben kann, so finden sich auch im Uebrigen noch einige Eigenthümlichkeiten. Jedenfalls versteht es sich, daß er in dem gradus eingesetzt sein muß, gegen welchen die c. t. des Präterirten gerichtet ist [3]). Wenn er aber unter einer Bedingung eingesetzt war, so steht seine abgeleitete c. t. ebenfalls unter dieser, da er ja, wenn die Bedingung wegfällt, kein selbständiges Recht auf die c. t. b. p. hat [4]). Ob übrigens das Kind vor oder nach dem Tode des Testators adoptirt worden, ob der Adoptivvater noch lebt oder nicht, ist gleichgültig [5]). Etwas ganz Eigenthümliches aber ist, daß dem in adoptionem datus, wenn er als scriptus die her. aditio vornimmt, dies ihm jedenfalls bei Geltendmachung der abgeleiteten b. p. nicht entgegensteht [6]). Und

---

3) Fr. 8. §. 13. de b. p. c. t.

4) Fr. 11. pr. eod.

5) Fr. 9. 10. pr. eod.

6) Fr. 10. §. 1. §. 3. eod. — (Ulp.) Illud notandum est, quod, et si adierit hereditatem in adoptionem datus, contra tabulas ei datur; alias autem si quis legatum, si quis portionem sibi datam agnoverit, a contra tabulas b. p. repellendus est. Ulpian hatte demnach wahrscheinlich die strengere Ansicht Afrikans (s. §. 85. Note 4.), daß alle instituirten liberi, außer dem in ad. dat, wenn sie die her. ad. vornehmen, auch an die extranei die Legate zu zahlen haben.

jene hat hier sogar so wenig Bedeutung, daß wenn der in ad. datus sie auf Befehl seines Adoptivvaters vorgenommen, dann aber erst nach der Emancipation die c. t. erbeten hat, nicht dem Vater, sondern ihm selbst das Vermögen erworben wird 7).

Jetzt erst können wir in einem Gesammtüberblick sämmtliche in der c. t. b. p. vereinigten Personen zusammenstellen. Es ist auch in dem Bisherigen zugleich angegeben, welche dieser Personen erst durch spätere Ausdehnungen zu der ursprünglichen b. p. hinzugezogen sind. Wir wollen also das Resultat unserer Untersuchungen hier nochmals kurz überblicken.

1. Die ursprüngliche wahre c. t. b. p. ist die der Accrescenzerben; eingeführt, um ihnen einestheils den scripti extranei gegenüber ein Recht auf die tota hereditas zu geben, anderntheils im Fall der Concurrenz mit anderen liberi eine natürliche Vertheilung der Erbschaft nach Viriltheilen und mit gleichmäßigen Principien in Beziehung auf die Nebenbestimmungen des Testaments eintreten zu lassen. Diese concurrirenden liberi können (da die Exheredationen bestehen bleiben) nur präterirt oder instituirt sein. In jenem Fall haben sie entweder aus eigener Person die wahre c. t. oder, wenn es Civilnotherben sind, die nominelle, die in derselben Frist agnoscirt wird, aber freilich dem Wesen nach nichts Anderes als eine Intestatsuccession sein kann. Im Fall der Institution aber haben sämmtliche liberi sui, emancipati und in adoptionem dati die abgeleitete c. t. Beide, die nominelle wie die abgeleitete b. p. erklären sich daraus, daß die c. t. gegen das ganze Testament gerichtet ist, also auch die gesammte Universalsuccession umfassen muß. Dies sind mithin Theile der b. p. c. t., welche wir uns gleich von Anfang an als bestehend zu denken haben.

2. In der Folge wurde auch den emancipati als fingirten sui ein selbständiges Recht auf Institution oder Exheredation, also auch im Fall der Präterition eine selbständige

---

7) Fr. 10. §. 2. eod.

c. t. b. p. gegeben. Es kann wohl nach den obigen Beweisen als sicher angenommen werden, daß diese Hinzuziehung der emancipati erst ein späterer Schritt war. Und die historische Anknüpfung ist denn auch in der That so sehr natürlich. Daß nämlich die emancipati gleich von Anfang an ebensogut wie die in adoptionem dati auf die abgeleitete c. t. Anspruch hatten, ist doch wohl nicht füglich zu bezweifeln. Sehr leicht konnte nun ein späterer Prätor darauf kommen, das Recht der Emancipirten noch zu vergrößern, während das der in adoptionem dati sehr erklärlicher Weise in den alten Gränzen bestehen blieb. Aber es erscheint jetzt als eine Singularität, während das früher durchaus nicht der Fall gewesen war.

3. Der letzte Schritt, der auf ein Kaiserrescript sich stützt, war die Hinzuziehung der instituirten parentes et liberi. Zu einer abgeleiteten c. t. sind sie nicht gelangt, sie sollten nur ein mittelbares, dem Vermächtniß ähnliches Recht haben, aber unter dieser Voraussetzung succedirten sie doch in ihren Viriltheil nach den allgemeinen bei der c. t. b. p. für die Auszahlung der Legate geltenden Regeln.

Es ist hiernach wohl am Platze, ein allgemeines Urtheil über das ganze Institut der c. t. abzugeben. Soll aber dies ein unpartheiisches sein, so müssen wir nicht mit einem den heutigen Verhältnissen entnommenen Maaßstabe messen; wir müssen den Werth des Instituts nach damaligen Zeiten, als es entstand, und nach den damaligen Verhältnissen beurtheilen. Für uns ist die c. t. ein völlig unpassendes Institut. Aber es giebt im Gebiete des Rechtes Vieles, was nicht aller Orten und zu allen Zeiten brauchbar, und dennoch uns die größte Achtung abnöthigen und höchst lehrreich sein kann. Dies scheint mir gerade von der c. t. b. p. gesagt werden zu dürfen.

Es war damals, im Anfange der Kaiserzeit, eine Uebergangsperiode. Das Erbrecht war bisher seinem Grundwesen nach vollkommen auf die Agnation gebaut gewesen, und dies wurzelte noch so tief im Rechtsbewußtsein der Römer, daß von ei-

ner Umstoßung gar nicht die Rede sein konnte. Aber es hatten sich schon Elemente festgesetzt, wonach auch die Cognation im Erbrechte zu berücksichtigen war; freilich noch nicht mit Hinwegräumung des Agnationsprincips, aber doch wenigstens als ein zweites selbständiges, gleichberechtigtes Princip. Es ist im vorhergehenden Kapitel hervorgehoben worden, daß die Klasse unde cognati nicht so sehr als Wirkung, sondern als Ursache aufzufassen ist, daß die Cognation sich im Römischen Erbrecht festgesetzt hat. Dieß mußte zunächst die Folge haben, daß jedenfalls ein früher bestandenes Agnationsverhältniß dem noch bestehenden nicht nachstehen solle, daß überhaupt auch innerhalb der Agnation die aus alter Zeit stammenden Unterschiede fortan mehr ausgeglichen wurden. Und das hat der Prätor in der c. t. b. p. gethan. Es hatte ferner die Cognation, gewiß erst seitdem ein ordo unde cognati bestand, auch darin Wurzel gefaßt, daß man den nächsten Cognaten, den parentes et liberi, neben dem bisher bloß auf die Agnation basirten formellen Notherbenrecht, ein eigenes materielles Notherbenrecht einräumte. Obgleich durch die Prätorische Cognatenklasse veranlaßt, hatte sich dies doch durch ein anderes Organ, die Centumvirn, zum practischen Recht gestaltet; aber wir haben gesehen, daß der Prätor das auswärts entstandene Rechtsinstitut auch wieder mit seinem eigenen Notherbenrechte organisch zu verbinden verstand [8]).

Noch aber konnte man durchaus nicht sagen, daß die Cognation auch nur gleichberechtigt neben der Agnation stehe. Dahin kam man erst durch das SC. Orphitianum und Tertullianum, und überhaupt ist es der natürliche Entwicklungsgang, daß wenn zwei Principien, ein altes und ein neues, in Collision und Kampf gerathen, selten am Ende ein ruhiger

---

8) Diese freiere nicht lediglich auf das Civilrecht, sondern mehr auf eine natürliche Anschauung gestützte Behandlung des Erbrechts spricht sich aus in fr. 7. pr. de bon. damn. (Paul.) — Quum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen eis indictum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt etc.

Zustand der Gleichberechtigung herauskommt, sondern das eine ganz siegen, das andere ganz untergehen muß. Und so ist auch im Erbrechte das agnatische Recht untergegangen.

Jedenfalls aber sieht man aus diesen kurzen Andeutungen, daß die c. t. b. p. in einer größeren Rechtsentwickelung auf einer Zwischenstufe entstanden ist, auf der man unmöglich bleiben konnte, und daß sie, zu einer Zeit entstanden, wo die Agnation noch so feste Wurzeln hatte, unmöglich in einen Rechtszustand passen kann, wo ganz das Princip der Cognation an die Stelle getreten ist. Aber dies kann uns nicht hindern, für die Zeit ihrer Einführung das Lob auszusprechen, daß wir in ihr ein Product ausgezeichneter juristischer Kunst vor uns haben. Während die Grundlage des Instituts durchaus die Agnation ist, sind die cognatischen Elemente damit doch so fein verwebt worden, das bisher bestehende Civilrecht ist dabei, wo es nicht entschieden corrigirt werden sollte, so geschickt mit den neuen Prätorischen Bestimmungen ausgeglichen worden, und was die Hauptsache ist, das ganze Institut ist so durch und durch auf feste juristische Principien gebaut, die überall hervorleuchten, — daß der Betrachtende, der Genuß an wissenschaftlicher Schärfe hat, sich der Freude nicht erwehren kann. Das Institut, welches ein eigenthümlich abgeschlossenes Ganzes bildet, ist in der Blüthe der Jurisprudenz entstanden und ausgebildet worden, und die Thätigkeit der Römischen Juristen muß hier gewiß nicht bloß in der Commentirung des Gegebenen, sondern auch in der Ausdenkung und Construction des zu Gebenden gesucht werden.

VI. Das Edictum de conjungendis cum emancipato liberis.

§. 87. Den gesammten Kreis der zur c. t. b. p. gezogenen Personen haben wir im Bisherigen bereits kennen gelernt. Es ist daran noch eine eigenthümliche Verbesserung zu knüpfen, welche mit der Zeit sich als nöthig erwies, und von demselben Juristen herrührt, der auch die Herzuziehung der instituirten **conjunctae personae** veranlaßt hatte. Ich meine die **nova clausula** des Salvius Julianus, oder das **edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus.**

Es betrifft eine nothwendige Collision, in welche, seitdem die Emancipirten selbständig zur c. t. hinzugezogen waren, das Recht derselben mit dem der Accrescenzerben gerathen mußte. Wenn nämlich in der Gewalt befindliche **nepotes** mit einem Emancipirten concurriren, von dem sie nicht selbst abstammen, so hat freilich die Sache gar keine Schwierigkeit. Unser Edict aber betrifft den Fall, wie das schon in der Titelüberschrift liegt [1]), daß die **nepotes in potestate** die Kinder des emancipirten Sohnes sind. Wir müssen nun, ehe wir den Inhalt der **nova clausula** selbst kennen lernen, untersuchen, wie die c. t. b. p. vor derselben gestaltet gewesen sei.

Es besteht bei der c. t. der allgemeine aus dem Civilintestaterbrecht hergenommene Satz, daß, wenn in derselben **stirps** ein Näherer vorhanden ist, dadurch der Entferntere ausgeschlossen wird. Darnach konnte der **nepos**, auch wenn er emancipirt war, sich nicht auf das den Emancipirten ertheilte Recht berufen, so lange sein in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebener Vater noch vorhanden war [2]). Und ebenso mußte der **nepos** ausgeschlossen sein, wenn er mit seinem Vater emancipirt worden war [3]). Diese beiden Fälle konnten von jeher gar kein Bedenken erregen. Wie aber in unserem Fall, wenn der **nepos in potestate** bleibt, sein Vater dagegen emancipirt wurde?

Im Anfange, als die c. t. nur den Accrescenzerben gegeben ward, war unzweifelhaft nur der **nepos** der Berufene. Als nun aber die Emancipirten hinzugezogen wurden, trat

---

1) D. XXXVII. 8. — »liberis ejus.«

2) Fr. 4. §. 1. de b. p. c. t. — Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem vel exheredaverit, et ex eo nepotem omiserit, b. possessioni locus non est, quia non esset nepos suus heres futurus. Eadem sunt et in sequentibus gradibus. Fr. 1. §. 6. de conjungendis. — Si pater in potestate manens exheredatus vel institutus sit, nepotem ex eo, sive in potestate manentem, sive emancipatum, ad bona avi neque vocari neque vocandum esse, Scaevola ait.

3) Fr. 6. §. 1. de b. p. c. t. — Quodsi et filium et nepotem emancipaverit, vivente quidem filio nepos non veniet, post mortem autem ejus ad b. p. avi veniet. vergl. auch §. 4. eod.

doch der Vater als selbständig Berechtigter vor seine Kinder, und mußte ihnen also nach der obigen Regel das bisher bestandene Recht der c. t. entziehen. Dies wird auch nicht bezweifelt, indeß ist neuerdings die Ansicht aufgestellt worden [4], daß der Prätor ihnen wenigstens ihr civiles Accrescenzerbenrecht anerkannt habe. Aber auch dies muß ich läugnen.

Wenn man einmal zugiebt, daß der nepos durch seinen Vater von der c. t. b. p. vertrieben war, so muß man ihm auch alles Recht absprechen, denn das civile Accrescenzerbrecht ist nur gegen scripti heredes gerichtet. Diese aber waren durch die c. t. des Vaters hinweggeräumt, die extranei vollständig, die instituirten liberi waren mit in die c. t. hineingezogen. Es fehlten also ganz die Personen, welche das Civilrecht voraussetzt, und statt dessen nun die c. t. b. possessores an die Stelle setzen, das würde ja gerade heißen, der Prätor habe innerhalb der c. t. b. p. den Vater den nepotes nicht vorgesetzt, was doch aber, wie wir eben sagten, nothwendig geläugnet werden muß. Es war ja auch gar nicht anders möglich, als daß die Enkel vor ihrem Vater zurücktreten mußten. Letzterer wird, indem man ihm die c. t. giebt, als suus fingirt, und sobald diese Fiction einmal angenommen war, so trat denn auch von selbst die allgemeine Regel des civilen wie Prätorischen Rechtes ein, daß beim Vorhandensein desselben die ferneren Descendenten seiner stirps nicht in Betracht kommen (s. Note 2).

Ueberhaupt scheint mir erst durch die Annahme, daß die nepotes bisher vom Vater vollkommen ausgeschlossen wurden, die nova clausula des Julian verständlich zu werden. Wenn sie bisher ihr Accrescenzerbrecht geltend machten, so wäre ihnen jetzt dies, oft zu ihrem Nachtheil, entzogen worden, indem sie nur immer die auf den Vater fallende Portion theilen müssen. Wie sollte der Prätor auf diese eigenthümliche Rechtsänderung haben kommen können? Bei der umgekehrten Annahme dagegen ist Alles verständlich. Es war die nova clausula, wie es auch die Quellen auffassen, eine reine Begünstigung im Verhältniß zum bisherigen Recht. Man fand es

4) Foerster l. c. p. 269.

unbillig, daß der Sohn allein gerufen wurde, und die Enkel ausschloß (**hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat, et excludat nepotes in potestate manentes**), während man doch zu Gunsten der **nepotes** immer ihr civiles Accrescenzerbrecht anführen und es als Verkehrtheit betrachten konnte, daß dies vom Vater ganz ausgeschlossen werde (**neque nepotes jure potestatis objiciantur patri suo**) [5]). So ist es denn also gerade erst die **nova clausula**, welche ihnen ihr verlorenes Recht wieder herstellt. Dadurch eben sollte keine absolute Veränderung im bisherigen Vertheilungsmodus der c. t. b. p. eintreten. Vielmehr werden andere Personen als der Vater dadurch gar nicht beeinträchtigt, die Virilportionen werden ganz so wie bisher berechnet, und nur von dem auf den Vater fallenden Theil können nun die **nepotes** (gleichsam als von einem **extraneus**) [6]) die Hälfte mittelst der ihnen jetzt eingeräumten selbständigen c. t. b. p. verlangen. —

Nach diesen Vorbemerkungen haben wir die einzelnen Sätze der **nova clausula** genauer kennen zu lernen.

1. Der Anspruch der **nepotes** ist ein selbständiger, nicht etwa eine abgeleitete c. t. b. p., oder ein den instituirten **conj. pers.** ähnliches Recht, oder gar bloß eine gegen den Vater gerichtete Klage. Es ist eine aus eigener Person erbetene c. t. b. p., aber freilich dadurch von der des Vaters abhängig, daß ihr Gegenstand stets die Hälfte dessen beträgt, was der Vater durch seine c. t. b. p. nach dem bisherigem Rechte allein erhielt. Bekam also der Vater bisher die ganze

---

5) Fr. 1. §. 1. de conjung.

6) Das Vorbild, daß man den nepotes ein Recht auf die Hälfte der Portion einräumte, war gewiß ihr civiles Accrescenzerbrecht. Sie können dies gegen andere c. t. b. **possessores** nicht geltend machen, weil diesen gegenüber ihnen ihr eigener Vater als Haupt der **stirps** entgegen steht. Aber mit dem Vater selbst sollen sie als wie mit einem **scriptus extraneus** theilen. Freilich aber ist es nichts als ein Vorbild, damit nicht ferner die **nepotes jure potestatis objiciantur patri suo**. Dagegen kann man die **nova clausula** nicht als directe Wiederherstellung des civilen Accrescenzerbrechts auffassen, denn der Vater ist ja kein **scriptus heres**, wenigstens ist dies nicht die nothwendige und regelmäßige Voraussetzung.

Erbschaft, so gewannen die nepotes allerdings soviel, wie durch das alte Accrescenzerbrecht. Erhielt er, wegen der Concurrenz mit anderen liberi nur eine Portion, so erscheinen die nepotes jetzt gleichsam als conjuncti auf diesen Theil, den andern liberi können sie nichts entziehen [7]).

2. Die regelmäßige Voraussetzung des Edicts ist, daß beide, Sohn und Enkel, ihr Recht neben einander durch c. t. b. p. geltend machen. Es ist von Interesse zu sehen, wie der Prätor dies Nebeneinanderstehen Beider darstellt. Wir besitzen nämlich, wie wohl ganz unbedenklich angenommen werden kann [8]), im fr. 1. pr. de conjungendis die unverstümmelten Edictsworte, nur daß Ulpian die erste Person in die dritte, ebenso wie in fr. 1. pr. de Carb. ed., umgesetzt hat:

> Si quis ex his, quibus bonorum possessionem Praetor pollicetur, in potestate parentis, quum moritur, non fuerit, ei liberisque quos in ejusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit, neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio ejus partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate mansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi ejus, hisque duntaxat bona sua conferat.

Der Prätor hebt es ausdrücklich hervor, daß der Gegenstand dieser b. p. (es wird stillschweigend hinzugedacht: contra tabulas) die pars ist, welche der Sohn, wenn er wirklich in der Gewalt geblieben wäre, allein erhalten haben würde, und die er auch bisher in Folge der fingirten Suität in der That erhielt, trotz dem daß die hereditas suo nomine ad nepotes pertinebat. Eben diese Ungerechtigkeit soll ferner nicht mehr statt finden, so daß die nepotes, wie Ulpian sagt,

---

7) Fr. 1. §. 9. de conjung. Entgegenstehend ist nicht, wie wir gleich sehen werden, §. 3. eod. — Ueber den Fall, wenn auch pronepotes vorhanden sind, s. §. 7. eod. — Ueber ihr Accrescenzrecht s. fr. 12. pr. de b. p. c. t.

8) Dies bemerkt auch Förster. — Im §. 1. sagt Ulpian von dem pr. »hoc edictum aequissimum est.«

nicht mehr jure potestatis objiciantur patri suo. Bei ihnen macht indeß der Prätor die Einschränkung, daß sie nicht die nota exheredationis verdient haben dürfen [9]). Indessen ist nicht daran zu denken, daß hierin eine Hinweisung auf die beim Inofficiositäts- und Pflichttheilsrechte geltenden Grundsätze liege. Bei dem formellen civilen und Prätorischen Notherbenrechte ist gar kein Beweis, daß man immerito exheredirt sei, zulässig, also wenn der paterfamilias die Exheredation angeordnet hat, so erzeugt das eine durch Beweis gar nicht zu elidirende Präsumtion, daß der Testator seine guten Gründe dazu gehabt haben müsse, ebenso wie man umgekehrt annahm, wenn Jemand honorirt worden war, dies sei ob meritum aliquod geschehen [10]). Jene Worte neque notam exheredationis meruerunt heißen also nichts Anderes, als: „wenn sie nicht exheredirt worden sind" [11]).

Hierin liegt nun, daß der Prätor den nepotes in zwei Fällen die c. t. b. p. verspricht, nämlich wenn sie präterirt und wenn sie instituirt sind. Im ersteren Fall haben sie sie aus eigener Person, im zweiten wird ihnen die abgeleitete c. t. gegeben [12]). Durch letztere können sie ihren Erbtheil allenfalls noch vergrößern, war aber umgekehrt ihr Institutionstheil größer als das nach der nova clausula ihnen Zukommende, so mußten sie sich den Abzug der Ueberschüsse gefallen lassen; und dieselben Regeln fanden auch Statt, wenn ihnen bloß ein Legat hinterlassen war, mit dem sie sich zufrieden erklärten [13]).

---

9) Die Exheredation mußte nominatim geschehen. Fr. 6. pr. si tab. test. null.

10) Fr. 9—11. pro socio.

11) So haben die Worte in dem bekannten fr. 13. de doli mali exc. (s. meine Historia b. p. sec. tab. p. 62): — Exheredatis liberis, qui nihil ex patris judicio meruerunt — nicht den Sinn: „wenn Kinder aus einer wohlverdienten Ursache exheredirt sind," sondern: „wenn Kinder exheredirt sind, von denen man eben wegen ihrer Exheredation annimmt, daß sie Nichts verdient haben."

12) Außer wenn sie in adoptionem dati sind, wo ihnen auch keine graduum successio zu Gute kommt. fr. 13. §. 1. de b. p. c. t.

13) Fr. 18. u. 19. de legat. praest. s. darüber Cujacius ad Africanum. Tract. IV.

3. Wenn es nun der Hauptgrundsatz der nova clausula war, die nepotes mit dem die contra t. b. p. nachsuchenden filius zu verbinden, so erklärt sich doch auch schon aus dem unter № 1 Gesagten, daß das Recht der nepotes nicht daran geknüpft werden konnte, ob ihr Vater die b. p. überhaupt agnosciren durfte oder wollte. Das Recht der nepotes sollte ein selbständiges sein. War daher auch der Vater exheredirt, so können die präterirten Enkel nichtsdestoweniger die c. t. nachsuchen, denn der exheredatus gilt hier pro mortuo[14]). Und ebenso mußten sie auch ihren Theil fordern dürfen, wenn ihr Vater instituirt war[15]), woraus es sich denn von selbst erklärt, daß sie dann nicht die Hälfte dessen fordern können, worein der Vater instituirt ist, sondern dessen, was er erlangt hätte, wenn er selbst die c. t. b. p. agnosciren dürfte.

Fr. 1. §. 3. de conjung. — Filio in potestate ex besse, emancipato ex triente herede instituto, Julianus ait, nepotem praeteritum petita contra tabu-

---

14) Fr. 25. pr. de legat. praest. fr. 1. §. 4. u. 5. de conjung. — Si pater emancipatus exheredatus sit, nepotibus ex eo praeteritis, qui erant in potestate retenti, admittuntur; absurdum enim est, quum patri praeterito jungantur, instituto vel exheredato non admitti. — Sed et si patruus eorum, qui erant in potestate, sit praeteritus, pater exheredatus, debent nepotes admitti (d. h. auch wenn sie instituirt sind, erhalten sie die abgeleitete c. t.); nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur. Die Frage ist, ob nun die nepotes den ganzen Erbtheil bekommen, oder ob trotz der Exheredation des Sohns nur die Hälfte? Gerade weil dieser pro mortuo galt, scheint mir Ersteres das Richtige, und das findet darin Unterstützung, daß doch die nepotes, ehe die Emancipirten zur c. t. admittirt wurden, den vollen Anspruch auf die c. t., als Accrescenzerben, gehabt hatten. So konnte sich, als man nun den emancipatus ihnen vorgezogen hatte, vielleicht auch schon vor der nova clausula, dieser merkwürdige Satz bilden, daß im Fall der Exheredation der Sohn als nicht vorhanden anzusehen sei, und mithin ihrem Recht auf die c. t. als wahren Accrescenzerben nicht entgegenstehe. s. auch noch fr. 1. §. 8. de b. p. c. t.

15) Fr. 13. §. 2. de b. p. c. t.

las bonorum possessione patruo sextantem, patri unciam ablaturum.

4. Rücksichtlich der weiteren Sätze dieses Institutes, namentlich das eigenthümliche Collationsrecht und die Verpflichtung zur Prästirung der Legate, verweise ich auf die deutliche Darstellung der Quellen in fr. 1. §. 13. bis zu Ende des Titels **de conjungendis cum emancipato liberis.**

VIII. Die Berücksichtigungsvorschriften der c. t. b. p.

§. 88. Alles Notherbenrecht zerfällt stets in zwei Fragen, erstlich wie die berechtigten Personen, die Notherben, zu berücksichtigen sind, und zweitens was die Wirkung ihrer Nichtberücksichtigung ist. Nach der ersten dieser beiden Fragen, (also nach den Ursachen) zerfällt das gesammte Notherbenrecht in zwei Haupttheile, das materielle, wonach die Berücksichtigungspflicht in der Hinterlassung eines materiellen Vermögensstückes (Pflichttheil) besteht, und das formelle, wonach dem Erblasser nur eine formelle Erwähnung des Notherben in Bezug auf die directe Universalsuccession, also entweder die Institution oder Exheredation obliegt. Bekanntlich gehören das alt-civile und das Prätorische Notherbenrecht in diese letztere Klasse, und wenn ich nun von der c. t. b. p. hier eine Darstellung hätte geben wollen, wie sie in einem Lehrbuche zu liefern ist, so würde die Frage von den formellen Berücksichtigungsvorschriften des Prätors gleich den ersten Platz in diesem Kapitel haben einnehmen müssen. Der Zweck unserer Untersuchung aber, und die bisherigen Beweisführungen werden es rechtfertigen, daß ich einen anderen Gang nehmen, und die Darstellung der zur c. t. berechtigten Personen *gleich mit* der Untersuchung über die Wirkungen ihres Notherbenrechtes verweben mußte. Nur nebenbei war bereits Einzelnes über die Berücksichtigungsvorschriften zu erwähnen. Jetzt aber ist die Frage in ihrer Gesammtheit zu überschauen.

Die c. t. b. p. legt also, wie das Civilrecht, dem Erblasser die Pflicht auf, seine **liberi** entweder zu *instituiren* oder zu *exherediren* [1]); fehlt eins von Beiden, so liegt eine

1) Fr. 3. §. 10. u. 11. fr. 8. pr. de b. p. c. t.

Präterition vor, deren Wirkungen auch an und für sich nicht durch Hinterlassung eines Vermächtnisses verhindert werden können, während allerdings die Annahme eines solchen Vermächtnisses von Seiten der Notherben die Berufung auf seine Präterition ausschließt. (§. 83. Note 6) [2]).

Diese alternative Pflicht der Institution oder Exheredation ist indessen noch genaueren Regeln unterworfen, und zwar von dreierlei Art. Wo sie am vollständigsten besteht, muß die Institution oder Exheredation **nominatim**, **pure** und **für alle Grade** angeordnet sein. Die Institution ist natürlich immer eine namentliche. In wie weit die Exheredation nach den Regeln der c. t. b. p. nominatim geschehen müsse, ist theils im Obigen bereits besprochen worden, theils können wir auf den genaueren Zusammenhang der Prätorischen Regeln mit denen des Civilrechts erst im folgenden Kapitel eingehen. Es bleiben uns also hier nur die andern beiden Punkte zu untersuchen übrig. Was wir hier gewinnen werden, bestätigt von Neuem unser obiges Resultat, daß die c. t. b. p. vorzugsweise ein Recht der Accrescenzerben war, und dadurch ihre Gestaltung erhalten hat, während die Emancipirten nur nebenbei hinzugezogen wurden, und die filii und postumi sui in das Gebiet der wahren c. t. gar nicht gehören.

1. **Die bedingten Einsetzungen und Enterbungen.** — Betrachten wir zuerst die Institutionen. Was neuerdings darüber gelehrt wird, scheint mir noch keineswegs richtig zu sein. Ich will es in den Worten des neusten Schriftstellers [3]) mittheilen. „In Ansehung der bedingten Erbeinsetzungen, sagt Mühlenbruch, weicht der Prätor von den Grund-

2) Fr. 27. §. 12. ad SC. Trebell. sagt nicht, daß der Präterirte, auch wenn er c. t. b. p. erbitte, (quamvis filius c. t. b. p. accipere possit) den heres zur Antretung der Erbschaft, und zur Restitution des Universalfideicommisses zwingen könne, sondern nur: der heres dürfe die Antretung nicht weigern, aus dem Grunde, weil dem filius die c. t. deferirt sei. Der Jurist setzt stillschweigend dabei voraus, daß, wenn der filius den heres zur Antretung auffordert, ihm damit sein Recht auf die c. t. verloren geht. — s. auch fr. 3. §. 15. de b. p. c. t.

3) Mühlenbruch a. a. O. S. 76. s. auch Bluntschli S. 74.

sätzen des Civilrechts ab. Die Einsetzung des suus heres darf bekanntlich nur unter einer reinen Potestativbedingung geschehen. Die c. t. b. p. ist aber dadurch noch keineswegs begründet, daß der Notherbe unter einer rein zufälligen oder vermischten Bedingung eingesetzt ist. Da nämlich der eingesetzte Erbe aus einem solchen Testamente eine sec. tab. b. p. erhalten kann, so muß er sie auch annehmen, wenn er Erbe werden will, wenigstens so lange die Bedingung noch schwebt."

Hierin ist sowohl die Darstellung des civilen als des Prätorischen Rechtes nicht richtig. Der angegebene Grundsatz des Civilrechts bezieht sich keineswegs auf alle sui heredes, sondern nur auf den filius und die postumi [4]), also die, welche die nominelle c. t. b. p. haben. Der Prätorische Satz aber geht nur auf die, welchen die wahre c. t. zusteht, d. h. die Accrescenzerben und in Folge dessen auch die Emancipirten. Dieser Prätorische Satz ist aber gar nichts Neues, sondern lediglich die Anerkennung des für die Accrescenzerben schon geltenden Civilrechts. Also stehen beide Systeme hier gar nicht einander gegenüber, sondern ganz friedlich nebeneinander. Dies wird aus Folgendem hervorgehen.

Die Stellen, worin abgesehen von den postumi (s. Not. 4) die Unzulässigkeit einer bedingten Institution erwähnt wird, reden lediglich vom filius in potestate. Die Römer bemessen diese Unzulässigkeit danach, ob die Erfüllung der Bedingung völlig in seiner Macht lag oder nicht. Die Hinzufügung einer solchen Potestativbedingung gilt als pura institutio, sobald nur der filius sie auch wirklich vor seinem Tode noch hat erfüllen können, denn sonst ist sie ja für ihn keine rein potestative gewesen, und das Testament des Vaters wird, wie bei jeder anderen Bedingung, mag sie casuell oder unmöglich oder unsittlich sein, vernichtet [5]). Es wird aber

4) Bei den postumi ist nur die Eigenthümlichkeit, daß, da sie ja erst später erscheinen, eine schon vorher eingetretene Bedingung nicht schadet. fr. 22. de lib. et post.

5) Fr. 16. de lib. et post. (African.) — — ipse filius intestato patri heres existat, sicut evenire solet, quum sub ea conditione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus,

in den angeführten Stellen ausdrücklich bemerkt, daß die Hinzufügung einer nicht potestativen Bedingung das Testament des Vaters infirmirt und die Intestatsuccession eintritt, und es ist nicht daran zu denken, daß der Prätor hievon abgegangen sei. Vielmehr giebt er dem Sohn, wie überhaupt, wenn derselbe präterirt ist, die nominelle sich ganz nach den Grundsätzen des Civilrechts richtende c. t. b. p.

Ganz anders aber ist es bei den Accrescenzerben. Für sie besteht im Civilrecht gerade die umgekehrte Regel, sie können unter einer Bedingung instituirt werden.

> **Fr. 4. pr. de her. inst. — Suus quoque heres sub conditione institui potest, sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest; et quidem sub ea conditione, quae est in potestate ipsius, potest, de hoc enim inter omnes constat** [5 a]).

Also für die sui, außer dem filius, d. h. die Accrescenzerben, gilt auch eine Einsetzung unter einer casuellen Bedingung. Es ist mithin offenbar schon nach Civilrecht auf den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung zu sehen. Einstweilen gelten sie als scripti heredes, und wenn die Bedingung erfüllt wurde, so blieb das auch völlig unverändert. Nur wenn sie wegfiel, so waren sie ja nun nicht instituirt, und es trat ihr Accrescenzerbrecht ein, wonach sie als fingirt scripti heredes gelten. Der Prätor führte aber die c. t.

priusquam ei pareret moriatur Fr. 15. de cond. inst. — Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si conditio non esset in ejus potestate. fr. 28. eod. Alles wird hier also lediglich nach dem Gesichtspunkte beurtheilt, ob die conditio in potestate des filius sei oder nicht, und in letzterem Fall ist der Sohn nicht recht instituirt, wenn auch bei anderen Personen eine solche Bedingung (wie die unmöglichen und unsittlichen) als non scripta angesehen wird. (Uebrigens waren in Bezug auf die potestativen nicht erfüllten Bedingungen die Juristen verschiedener Meinung. fr. 4. pr. de her. inst.)

S. auch fr. 1. §. 8. de suis et legit. — »si filius ex asse sub conditione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni institutus.«

b. p. zur Verbesserung ihres Accrescenzerbrechtes ein, also verstand es sich von selbst, daß nur wo Letzteres eintrat, auch jene gegeben wurde. Es ist ganz derselbe Satz, wenn der Prätor ihnen im Anfang sec. tab. bon. poss. giebt, diese aber beim Wegfallen der Bedingung als eine c. t. gelten läßt, deren Frist ja schon abgelaufen war, als die sec. tab. agnoscirt wurde.

Dieser vom civilen Recht der Accrescenzerben entnommene Satz wurde dann erklärlicher Weise ganz unverändert auf die emancipati übertragen, während er, wenn die c. t. für die Emancipirten eingeführt wäre, sich wohl nie würde gebildet haben. Von dem Emancipirten handeln nun aber, in Folge der l. 4. C. de lib. praeter., lediglich die uns aufbewahrten Pandektenfragmente:

> **Fr. 3. §. 13. de b. p. c. t. — Si sub ea conditione filius emancipatus heres sit institutus, quae in ipsius potestate non est; quia scriptus heres est, b. p. sec. tab. accipere potest et debet, nec c. t. potest; et si forte defecerit conditio, tuendus erit a Praetore in tantum, quantum ferret, si c. t. b. p. accepisset [6]).**

---

6) Fr. 3. §. 12. eod. wird mit Recht von dem Falle erklärt, wenn die Bedingung schon vor der Agnition irgend einer b. p. weggefallen war. Mühlenbruch a. a. O. S. 77. Denselben Sinn haben die Worte in fr. 8. §. 5. eod. — Sed et si defecerit conditio institutionis, adhuc tantundem dicit, praeteritum ab eo gradu filium c. t. b. p. petiturum, d. h. wenn die Bedingung der Institution weggefallen ist, so erscheint nun der filius als präterirt, und kann die b. p. nachsuchen. — Auch fr. 5. pr. de b. p. sec. tab. erregt keine Schwierigkeiten. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Wenn man das attamen in der Mitte des Satzes hart findet (s. übrigens z. B. fr. 17. de inj. rupto. fr. 12. pr. eod.), so könnte man auch durch Veränderung des nam in: jam helfen. Danach würde so interpungirt werden: utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus, jam si „und nun," ebenso wie man auch jam ut gebraucht) defecerit conditio. Attamen etc. Dabei setze ich freilich voraus, daß: si, und nicht: etsi die richtige Lesart sei.

Das Resultat des Gesagten ist, daß die Regel über bedingte Einsetzungen, welche wir im Prätorischen Rechte, aber gar nicht als eine originelle, finden, sich lediglich auf die Prätorischen, nicht aber die civilen Notherben bezieht. Und dem steht auch das oft besprochene fr. 2. §. 1. de b. p. sec. tab. durchaus nicht entgegen.

> **Si sub conditione heres institutus filius sit, Julianus peraeque putavit, secundum tabulas competere ei, quasi scripto, bonorum possessionem, qualisqualis conditio sit, etiamsi haec: si navis ex Asia venerit. Et quamvis defecerit conditio, Praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas, tueri debebit, ac si contra tabulas acceperit: quae tuitio ei, qui emancipatus est, necessaria est.**

Man könnte aus dieser Stelle folgendermaßen argumentiren: Ulpian spreche hier allgemein vom **filius**, also vom **suus** so gut, wie vom **emancipatus**. Mithin wurde auch Ersterem die b. p. zuerst **secundum tabulas** gegeben, und dann mit Wegfallen der Bedingung als eine c. t. behandelt, indeß sei dem **suus** diese c. t. nur eine **utilis**, während sie dem **emancipatus necessaria** sei. — Aber diese Schlußfolgerung, wenn auch an sich möglich, müßte, um richtig zu sein, mit den übrigen Aussprüchen der Quellen übereinstimmen und daraus bewiesen werden können, oder es müßte dies die einzig denkbare Schlußfolgerung sein, welche die Stelle zuließe. Keins von Beidem ist aber der Fall. Ersteres nicht, denn wir haben eben gesehen, daß, wenn der **filius suus** unter einer casuellen Bedingung eingesetzt ist, dies der Präterition gleich, also das Testament für völlig nichtig gilt und die Intestatsuccession eintritt. Da wir aber so entschieden wissen, daß der Prätor dem präterirten Haussohn in der nominellen c. t. sein Civilrecht vollkommen anerkannt habe, und da nicht der geringste Grund und Beweis vorliegt, hier sei eine besondere Ausnahme von der allgemeinen Regel gemacht worden, so bleiben wir eben einfach bei der letzteren. Wenn ein Haussohn unter einer anderen als einer Potestativbedingung eingesetzt ist, so macht er dadurch, wie die Quellen so ganz entschieden und

oft aussprechen, seinen Vater zum intestatus, er hat also gleich die b. p. unde liberi, und der Prätor kann ihn unmöglich zwingen, einstweilen, so lange die Bedingung noch schwebt, secundum tabulas zu agnosciren [7]).

Ferner aber zwingt uns auch unsere Stelle in keiner Weise zu der angegebenen Schlußfolgerung. Es ist gar nicht nöthig anzunehmen, daß zuerst allgemein von allen filii die Rede war, und zuletzt nur noch der emancipatus besonders hervorgehoben wird. Die Römischen Juristen sprechen sehr häufig von einem filius, und erst hinterdrein sieht man, daß sie lediglich einen emancipatus im Sinn hatten [8]). So wird auch Julian nur von dem Letzteren gesprochen haben, und wenn dann Ulpian dies am Ende der Stelle noch besonders hervorhebt, so liegt darin allerdings eine Hindeutung auf das entgegengesetzte Recht des filius suus, aber in ganz anderer Weise. Die Römer kennen nämlich gar nicht den in neueren Zeiten so beliebten Gegensatz von b. p. necessaria und utilis. Wenn daher Ulpian hier sagt, die Schützung des sec. t. b. possessor als c. t. b. possessor sei nothwendig, so heißt das nur, der emancipatus würde, wenn das nicht geschähe, auf unbillige Weise von der Erbschaft entfernt werden. Für den filius suus ist daraus nur der Rückschluß zu ziehen, bei ihm sei die ganze Sache nicht nöthig, da er andere Wege hat, zur Erbschaft zu gelangen [9]). Es folgt also gar nicht, daß Ulpian den unter

---

7) Der ganze Grund, auf den sich der Jurist in jenem fr. 3. §. 13. cit. stützt, paßt denn auch in keinerlei Weise auf den Haussohn: quia scriptus heres est, (das Testament ist ja ungültig, also ist er nicht testamentarischer Civilerbe) b. p. sec. tabulas accipere potest et debet. (Aus einem von vorn herein ungültigen Testament wird auch keine sec. tab. gegeben, es kann also Niemand dazu nun gar dennoch verpflichtet sein.) Dagegen für Accrescenzerben und Emancipirte paßt Alles vollkommen. Und der Jurist hebt auch ausdrücklich Beide hervor, indem er zu dem §. 13, worin vom emancipatus die Rede ist, gleich hinzusetzt §. 14: Sed etsi nepos sub hujusmodi conditione scriptus sit heres, idem erit dicendum.

8) Z. B. fr. 2. de exc. rei jud. Es erklärt sich dies leicht daraus, daß so häufig die Fragmente aus dem ursprünglichen Zusammenhange gerissen wurden.

9) Ganz ähnlich wie in dem §. 76. erklärten fr. 4. §. 3. de c. t. b. p

einer Bedingung eingesetzten fil. suus hier als secundum tab. b. possessor voraussetzte. Da er gleich von vorn herein die hered. aditio ab intest. [10]) oder die b. p. unde liberi erwählen kann, so bleiben dem gegenüber Ulpians Worte ebenso wahr, wenn er vom emancipatus sagt, daß ihm, da er gezwungen ist, die sec. tab. zu agnosciren (Note 7.), jener Prätorische Schutz ein nothwendiger sei.

Indessen können wir auch gern zugeben, daß Ulpian sich den filius suus als sec. tab. b. possessor gedacht habe. Wenn freilich das Testament nach strengem Recht ungültig ist, so war doch kein Bedenken, daß, sobald er sich als testamentarischen Erben ansehen will, der Prätor ihn von der sec. tab. nicht zurücktreibt [11]). Wir werden nachher sehen, daß den Sohn hiezu ein besonderes Interesse treiben konnte. Jedenfalls besteht der Unterschied, daß der emancipatus, so lange die Bedingung schwebt, die sec. tab. agnosciren muß, während es beim suus nur dessen freier Wille ist. Auch unter dieser Voraussetzung passen aber Ulpians Worte vollkommen. Der suus gilt dauernd als testamentarischer Erbe, sobald die Bedingung eintritt, fällt sie aber weg, so kann er entschieden noch sein Notherbenrecht geltend machen, auf welches er ja nur zu Gunsten des Testaments verzichtet hatte. Aber nun braucht ihm seine sec. tab. nicht als c. t. angesehen zu werden, denn er kann unter der her. aditio oder b. p. unde liberi wählen. Also nur für den emancipatus, dem die Frist der c. t. verstrichen war, ist jene eigenthümliche tuitio Praetoris necessaria.

§. 89. Der hiermit gewonnene Satz, daß man bei der Frage über die bedingten Einsetzungen genau die civilen und Prätorischen Notherben zu scheiden habe, wird nun noch voll-

---

10) Dies bestätigt entschieden l. 4. C. de instit. et subst. (v. Alexander im Jahr 225.).

11) Läßt doch der Prätor, wenn der fil. suus praeteritus abstinirt, die fremden Eingesetzten zur sec. tab. b. p. (fr. 17. de inj. rupt. — licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur), wie viel mehr wird er ihn selbst nicht zurückgewiesen haben.

ständig bestätigt durch ein Fragment, das schon im vorigen § beiläufig (Note 6.) erwähnt wurde, aber zu wichtig scheint, als daß ich hier nicht noch eine vollständigere Interpretation desselben geben müßte.

> **Fr. 5. de b. p. sec. tab. (Ulp.) — Si sub conditione heres quis institutus sit, et accepta bonorum possessione secundum tabulas conditio defecerit, interdum evenit ut res possessori concedenda sit,**

d. h. trotz dem, daß mit dem Wegfallen der Bedingung an und für sich auch die **b. p. deficit**, oder als **non data** erscheinen müßte, so bleibt dennoch das Vermögen beim **b. possessor**, also er behält eine **b. p. cum re**;

> **utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus; nam et si defecerit conditio, attamen secundum tabulas bon. possessionem cum accipere Julianus scribit.**

Mag man hier interpungiren wie man will, *so ist jedenfalls* der Sinn derselbe, als in dem den Julian *ebenfalls citirenden* **fr. 2. §. 1. de b. p. s. t.** Es wird dem **emancipatus**, obgleich die Möglichkeit vorhanden ist, die Bedingung werde deficiren, stets eine **sec. tab. b. p.** gegeben, und diese ist immer **cum re**, indem sie, wenn die Bedingung wegfällt, als eine **c. t.** angesehen wird. — Aber Ulpian fährt folgendermaßen fort:

> **Sed si is fuerit, qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, tuendum esse scripsit, et hoc jure utimur.**

Ulpian setzt hier dem **filius emancipatus** denjenigen entgegen, welcher nach dem Wegfallen der Bedingung eine **b. p. ab intestato** agnosciren würde. Er kann damit Niemanden anders meinen, als einen **filius** oder **postumus suus**, welche ja schon gleich anfangs die Intestatsuccession, sobald sie unter einer nicht-potestativen Bedingung eingesetzt sind, eröffnen konnten. Wenn sie sich auch einstweilen dieses Rechtes durch Agnition der **sec. tab. b. p.** begeben haben (aus welchem Grunde, werden wir gleich sehen), so müssen sie es doch nun jedenfalls mit dem Wegfallen der Bedingung geltend machen dürfen. Beide also, der **filius emancipatus** wie der

filius suus, nimmt Ulpian an, erhalten mit der agnoscirten sec. tab. sogleich eine b. p. cum re (res eis concedenda est), und brauchen keine weitere b. p. mehr zu agnosciren; der emancipatus, weil seine sec. tab. als contra tab. fingirt wird, und er letztere ja gar nicht mehr erbitten kann; der suus, weil er doch gleich die b. p. unde liberi agnosciren würde, und eine solche bloß formelle Wiederholung der Agnition nicht nöthig ist. Da aber die erbetene b. p. jetzt auf ganz anderen Voraussetzungen als auf der testamentarischen Institution ruht, so muß auch das ganze Schicksal der Succession ein anderes werden, als wenn es eine wahre sec. tab. geblieben wäre. Und das erörtert Ulpian im Folgenden:

> Videndum an legata ab eis debeantur? Et filius quidem, quasi contra tab. b. possessione accepta rem habere videtur, ceteri vero quasi ab intestato.

Unter dem filius ist offenbar der emancipatus, von dem schon bisher die Rede war, verstanden; und ihm soll, wie ja Ulpian auch in dem oben erörterten fr. 2. §. 1. de b. p. sec. tab. sagt, die agnoscirte b. p. als eine c. t. gelten; dagegen unter den ceteri, für welche sie als eine b. p. ab intestato erscheint, müssen nothwendig die verstanden werden, welche Ulpian vorher als ii, qui ab intestato bon. possessores futuri essent, bezeichnet hat, d. h. der filius und die postumi sui. Ulpians Ansicht ist also, daß die, welche wegen ihrer bedingten Institution sogleich Intestaterbfolge hätten eröffnen können, aber doch sec. tab. agnoscirten, nun wenigstens mit dem Wegfallen der Bedingung nach den Regeln der b. p. unde liberi, ohne nochmalige Agnition, succediren. Sie brauchen also gar keine Legate zu bezahlen, während der emancipatus nach den Regeln der c. t. die conjunctae personae befriedigen muß:

> et ideo liberis parentibusque legata relicta solis praestare cogetur, ceteris non.

Mir scheint diese Lesart verderbt, da der Zusatz ceteris non gänzlich überflüssig sein würde, indem vorher schon durch solis vollkommen dasselbe gesagt ist. Dagegen fehlt offenbar die Entscheidung, wie in dem dem Emancipatus entgegengesetzten

Falle die Legate zu prästiren seien, während doch der Jurist untersuchen will, wie es sich in beiden Fällen mit den Legaten verhalte (videndum an legata ab eis debeantur). Man kann daher wohl ziemlich unbedenklich das ceteris in ceteri verwandeln, so daß nun hier derselbe Gegensatz zwischen dem filius und den ceteri, wie im voraufgehenden Satze, hergestellt ist.

Zuletzt folgt nur noch ein Punkt, in welchem der filius und die ceteri sich wiederum gleichstehen; nämlich ein für den Fall der Intestatsuccession hinterlassenes Fideicommiß muß von Beiden in jedem Falle prästirt werden:

> Plane ei cui ab intestato fideicommissum relictum est; erit praestandum, quasi videatur hoc ipso fraudatus, quod ex testamento petita sit b. p.

Die ganze Stelle ist aus Ulpians Disputationen, es wird also ein Fall aus dem Leben gerade über ein solches Intestatfideicommiß die ganze Erörterung hervorgerufen haben. Ulpian schließt nun mit der aus dem Bisherigen sich von selbst ergebenden Antwort, daß dasselbe jedenfalls gezahlt werden müsse. — Zugleich dient uns dieser Schluß zur Erklärung, aus welchem Grunde ein filius suus, wenn er gleich ab intestato succediren konnte, es aus eigenem Interesse vorzog, die sec. tab. zu agnosciren. Er hoffte dadurch dem Intestatfideicommiß zu entgehen. Aber Ulpian erklärt sich um so mehr dagegen, weil darin eine fraus gegen den Honorirten liege.

§. 90. Soviel von den bedingten Institutionen. Haben wir bei diesen gefunden, daß der Prätor sich ganz an die Regeln des Civilrechts angelehnt habe, so ist es schon dadurch wahrscheinlich, daß er es auch bei den Exheredationen ebenso gemacht haben werde. Gewißheit hiefür läßt sich freilich aus den Quellen nicht entnehmen, wohl aber doch mancherlei Hindeutungen, und jedenfalls findet sich durchaus nichts dieser Annahme Widersprechendes.

Daß der filius in potestate, dem auch die postumi wieder gleichstehen, unter einer Bedingung ebensowenig exheredirt wie instituirt werden kann, versteht sich von selbst, und wird

auch durch die Quellen ausdrücklich bestätigt [1]). Wie es aber mit den Accrescenzerben nach Civilrecht stand, wissen wir nicht, und so erhebt sich die Frage, ob bei ihnen die Exheredation ebenso wie die Institution behandelt wurde, oder nicht.

Ich glaube das Letztere, also auch schon nach Civilrecht konnten, scheint mir, die Accrescenzerben nicht unter einer Bedingung exheredirt werden. Aus folgenden Gründen:

Zuerst ergiebt schon das Wesen des Accrescenzerbrechts, daß man die Exheredation der Institution nicht gleichstellen konnte. Es ruht auf der Fiction des Instituirtseins. Deßhalb mußte man, wenn der Accrescenzerbe wirklich, aber unter einer Bedingung, instituirt war, doch nothwendig sagen, daß, so lange nicht die Bedingung wegfalle, er wahrhaft als institutus gelte, und erst, wo die Wirklichkeit zusammenfalle, die Fiction an die Stelle treten könne. Dagegen bei einer bedingten Exheredation hätte man entweder sagen müssen, das Accrescenzerbrecht sei noch einstweilen ganz suspendirt, und und trete erst mit dem Wegfallen jener Bedingung ein; oder man mußte es umgekehrt einstweilen gleich gelten dann aber später mit dem Eintreten der Bedingung wieder wegfallen lassen. Der allgemeine Gesichtspunkt aber, daß das Notherbenrecht wo möglich auf das mortis tempus zu reduciren ist, führte dazu, daß man das Letztere wählte, also den Accrescenzerben, da er doch nicht entschieden exheredirt war, sogleich als fingirten scriptus heres annahm. That man aber dies, so hatte nun die der Exheredation hinzugefügte Bedingung für ihn den Charakter der Resolutivbedingung, der man nach bekannten Grundsätzen keine Wirkung einer späteren Hinwegräumung des Erben zugestehen konnte.

Was hiernach sich schon sehr einfach aus dem Wesen des Accrescenzerbrechtes entwickelte, stimmte vollkommen überein mit einem allgemeinen Princip, welches die Römer enschieden bei den Exheredationen im Gegensatz der Institution befolgten. Es wird uns dies in fr. 19. de lib. et post., wenngleich darin vom filius exheredatus die Rede ist, doch als eine offenbar nicht bloß bei diesem befolgte Regel mitgetheilt:

---

1) Fr. 3. §. 1. de lib. et post.

(Scaevola) in disputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae.

Der allgemeine favor testamentorum führte darauf, daß allerdings der Accrescenzerbe, wenn er instituirt wurde, einstweilen sich, bis die Bedingung wegfalle, lediglich auf die Institution berufen solle. Dagegen Exheredationen sind nicht zu begünstigen, der Testator soll wenigstens klar und ohne Unbestimmtheiten die Ausschließung, die er freilich anordnen darf, aussprechen. Danach mußte eine bedingte Exheredation der völligen Präterition gleich geachtet werden.

Ganz dasselbe Princip aber ist es, worauf wir im Prätorischen Recht die Regel gestützt finden.

Fr. 18. de b. p. c. t. — Sed sub conditione exheredatus c. t. b. p. petet, licet sub conditione heres institutus a c. t. b. p. excludatur [2]), certo enim judicio liberi a parentum successione removendi sunt.

Hiemit ist offenbar ganz dasselbe gesagt, als was Scävola in der vorhergehenden Stelle ausspricht, und so können wir denn auch annehmen, daß der Prätor ebenso wie bei den Ein-

2) Hermogonian will damit nicht sagen, daß ein sub conditione Instituirter gar nicht zur c. t. gelangen könne, denn wenn die Bedingung schon weggefallen war, so konnte jene ja gleich agnoscirt werden, fiel sie aber erst später weg, so wurde die sec. tab. als contra tab. behandelt. — Der Jurist will nur, wie auch in jenem fr. 19. geschieht, die beiden verschiedenen Grundsätze, die also gleichmäßig das civile wie das Prätorische Recht anerkennt, einander gegenüber stellen: daß eine bedingte Institution einstweilen als wahre Institution gilt, während eine bedingte Exheredation überhaupt gar keine Exheredation ist. — Deßhalb ist es auch wohl richtiger, wie Mühlenbruch S. 84. gegen Francke S. 131. bemerkt, daß, wenn die Bedingung auch noch bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten war, die Exheredation dadurch nichts an Kraft gewann. Es kommt nicht auf den Effect an, sondern der Grund ist die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung, die der Testator sich nicht zu Schulden kommen lassen darf.

setzungen, so auch bei den bedingten Enterbungen seine Grundsätze unverändert aus dem civilen Rechte der Accrescenzerben geschöpft habe.

§. 91. — 2. Die Berücksichtigung der Notherben in allen Graden. Wenn der Testator in seinem Testamente mehre Grade hintereinander gestellt hat, so muß nach einem bekannten Satze des Civilrechts, den auch der Prätor entschieden befolgt [1]), der Notherbe in jedem derselben gehörig berücksichtigt, also entweder instituirt oder exheredirt werden. Daher kommt es bei der c. t. b. p. immer darauf an, aus welchem Grade die testamentarische Erbschaft deferirt werde, indem es nach der in diesem enthaltenen oder nicht enthaltenen Präterition sich richtet, ob die c. t. begründet sei oder nicht.

Dies ist aber doch nicht ganz so einfach, wie es auf den ersten Blick scheint. Wir wollen zuerst sehen, was aus den bisher nachgewiesenen Principien der c. t. mit Consequenz folgt, wir werden aber alsdann finden, daß dies auch durch die Aussprüche der Quellen vollkommen bestätigt wird.

Die c. t. setzt ein gültiges Testament voraus. Dies heißt aber nicht bloß soviel, daß kein Mangel der testamentifactio, kein Formfehler, keine spätere cap. dim. des Testators oder Errichtung eines neuen Testamentes vorliegen dürfe. Durch die Nichtantretung von Seiten des scriptus heres wird das Testament ebenfalls ungültig, also giebt es dann auch keine c. t. b. p. gegen dasselbe. Ich habe nun die Bedeutung der her. aditio des scriptus (extraneus) für die c. t. oben schon untersucht (§. 83. am Ende); es ist durchaus nicht nöthig, daß sie schon vorliege, aber sie muß möglich sein, ist aber, so lange diese Möglichkeit vorlag, die c. t. einmal agnoscirt, so kommt es nun auf die wirkliche Vornahme derselben gar nicht mehr an, einerlei, ob die heredes nicht weiter antreten wollten, oder auch sogar nicht konnten.

Wenden wir diese Sätze auf ein Testament an, welches mehre Grade enthält, deren jeder ja gewissermaßen ein eigenes Testament bildet. Offenbar nämlich muß alles Gesagte nun

1) Fr. 8. §. 1. 3. u. 4. de b. p. c. t.

Diese Legate aber, die auf dem Grade lasten, durch welchen die c. t. begründet ist, müssen bezahlt werden, mögen die scripti heredes die her. aditio vornehmen oder unterlassen [6]), denn nach Agnition der c. t. kommt es ja auf den Civilerben gar nicht mehr an. Und daraus folgt auch, daß hieran nichts verändert wird, selbst wenn nach Ausschlagung des ersten Grades, welcher die Ursache der c. t. ist, die Erben des zweiten Grades die her. ad. vorgenommen haben [7]). Wir können also überhaupt sagen, das Nichtwollen der Antretung von Seiten der scripti heredes verändert an der Verpflichtung zur Legatenzahlung nichts. Anders aber behandelten die Römer das spätere Nichtkönnen, also solche Fälle, wovon in dem eben erörterten fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. drei Beispiele angegeben sind. Wenn gleich in diesen Fällen die semel nata b. p. an sich nicht afficirt wird, so verändert sich doch ganz die Legatenzahlung; die spätere Unmöglichkeit der Antretung wirkt noch soweit ein, daß die auf diesen Grad gelegten Legate auch an die conjunctae personae ungültig werden, denn was für die Person des Eingesetzten gar keine Möglichkeit der Geltung hat, dazu kann auch der c. t. b. possessor nicht verpflichtet sein [8]). Diese wichtige Einschränkung der für conj. pers. conservirten Legate haben wir bei der obigen Darstellung ihres Rechtes einstweilen übergehen müssen (s. §. 84. Note 1.); sie wird uns für zwei von den in fr. 8. §. 5. cit. angeführten Beispielen ausdrücklich bestätigt, nämlich wenn die Instituirten später gestorben sind, und wenn die

(dies sind die eben angeführten Worte), zweitens Keiner aus beiden Graden lebt, (dann werden gar keine Legate präſtirt. S. §. 83. Note 13.). Offenbar enthalten nun diese beiden Fälle noch gar nicht das, was Ulpian zeigen will. Er führt sie nur zur Vergleichung mit dem dritten Falle an, der, wie wir gleich sehen werden (Note 9.), wirklich das enthält, was Ulpian vorher ankündigt.

6) Fr. 11. eod.

7) Fr. 12. eod. (Ulp.) — sive autem omiserint instituti, sive non omiserint, dicendum est, legata quae ab ipsis relicta sunt, praestanda, quamvis secundo gradu instituti, omittentibus iis, adierint hereditatem.

8) Fr. 3. §. 7. de legat. praest. — Ea autem legata sola praestant, qui c. t. b. p. accipiunt, quae utiliter data sunt.

Bedingung ihrer Institution hinwegfällt [9]). Wir können also nicht wohl zweifeln, daß überhaupt alle Fälle der späteren Unmöglichkeit der Antretung hieher gehören, mithin lediglich wenn der scriptus heres nicht antreten wollte, die Legate an die conjunctae personae zu zahlen sind, und zu Letzterem rechneten die Römer auch den Fall, wenn der heres nur unter einer Potestativbedingung eingesetzt war, denn die Nichterfüllung derselben steht offenbar dem reinen Nicht-Wollen bei der pura institutio ganz gleich [10]).

Diese Scheidung des Nichtkönnens und Nichtwollens scheint mir unverkennbar eine ganz allgemeine Regel für die Zahlung der Legate an die conjunctae personae, mag nun dem Grade, gegen welchen die c. t. nata ist, noch ein anderer folgen oder nicht; denn der juristische Grund derselben ist ja gar nicht das Existiren dieses späteren Grades, sondern lediglich die consequente Folgerung aus dem Wesen der c. t. b. p. — Diese setzt ein gültiges Testament voraus. Für den b. possessor ist dies freilich nur nöthig zu der Zeit, wo überhaupt sein Recht juristisch begründet wird, also mortis tempore. Damit aber die conjunctae pers. die Legate, welche sie eigentlich vom scriptus heres zu fordern haben, nun auch vom b. possessor verlangen können, als von einem an die Stelle des scriptus heres Gesetzten [11]), dazu gehört auch noch ferner,

---

9) Fr. 10. §. 2. in fin. de legat. praest. — quodsi post mortem testatoris, ante aditam hereditatem instituti decesserint, contra ipsos quidem videri petitum (Hal. petitam, d. h. die c. t. ist allerdings gegen diesen Grad semel nata, und es kommt auf den späteren Tod der Instituirten nicht weiter an), veruntamen ab iis relicta legata non esse praestanda, sed quae a substitutis relicta sunt. — Fr. 13. eod. (Tryph.). — Item a substituto legata deberi dicimus, si institutus conditione defectus esset, quae in ipsius potestate non fuit.

10) Das fr. 13. cit. (in der vorhergehenden Note) fährt fort: nam si eam, quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem, quando nihil habiturus emolumenti conditioni merito non paruerit.

11) Der b. possessor haftet auch sogar mit der utilis actio, wenn die legirte Sache durch den dolus des scriptus heres, der die Erbschaft angetreten hatte, untergegangen war. fr. 17. de legat. praest. —

wir eben nur für **Prätorische** Notherben ausgesprochen haben, lediglich für diese, oder auch für die civilen Notherben gilt, denen die nominelle c. t. b. p. zusteht?

Es ist die allgemein herrschende Ansicht, daß dies zu bejahen sei [1]). Nach Civilrecht steht die Sache nämlich folgendermaßen: Die Nichtigkeit, welche der präterirte postumus suus hervorruft, ist eine andere, als beim filius in potestate. Wenn ein postumus im ersten Grade präterirt, im zweiten aber exheredirt ist, so fällt erst mit dem Erscheinen desselben der erste Grad vollkommen hinweg, es tritt nun aber nicht der zweite Grad, durch welchen der postumus ausgeschlossen sein würde, an die Stelle, sondern mit dem ersten Grade sind zugleich auch alle folgenden vernichtet, quia rumpendo **sibi** locum facere postumus solet. — Dagegen der filius suus jam natus macht den ersten Grad, von dem er präterirt ist, von Anfang an nichtig, ohne daß dies aber auf den folgenden Grad irgend einen Einfluß äußert, so daß, wenn er in diesem nicht präterirt ist, er vollkommen von der Erbschaft ausgeschlossen wird [2]). Es wird nun heutzutage als unzweifelhaft angenommen, daß, während das Recht der postumi unverändert bestehen geblieben sei [3]), das des schon geborenen Haussohns eine Umänderung durch die c. t. b. p. erfahren habe, indem diese ihm, sobald nur zur Todeszeit erbfähige scripti heredes vorhanden waren [4]), zustehe, und so gelange er denn zur Erbschaft, von der ihn das Civilrecht ausschließe.

Sind aber meine bisherigen Beweisführungen richtig, so fällt diese Annahme von selbst mit den übrigen bisher bekämpften Sätzen, indem auch gar nicht besondere Gründe für dieselbe von ihren Vertheidigern angeführt werden [5]). In den

---

1) Foerster l. c. p. 317. Mühlenbruch a. a. O. S. 86. — s. auch oben §. 72. Note 18.

2) Fr. 8. u. 14. pr. de lib. et post. fr. 3. §. 6. fr. 4. u. 5. de inj. rupt.

3) L. 1. C. de post. hered.

4) Diese Einschränkung mußte man wegen fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. nothwendig machen.

5) Mühlenbruch führt nur den an, daß doch aus einem solchen Testamente an sich eine sec. tab. erbeten werden könne, daher also auch

Stellen, woraus wir die Grundsätze des vorigen §. entnommen haben, ist von der wahren c. t. b. p. die Rede, was wir daraus sehen, daß die Juristen von der Prästirung der Legate an conjunctae personae sprechen, die ja ein Haussohn nicht anzuerkennen braucht. Also es sind nur Accrescenzerben und Emancipirte, die wir uns unter den c. t. b. possessores zu denken haben, und wenn in einzelnen Stellen, wie z. B. dem fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. kurzweg vom filius die Rede ist, so ist doch nicht minder sicher, daß darunter der Jurist nur den emancipatus verstanden haben kann, und ohne alle Undeutlichkeit verstehen durfte [6]). Wußte doch ein Jeder, daß die filii in potestate ganz eo jure vom Prätor gerufen werden, quo vocantur ex jure civili, und hatten doch dies die Juristen selbst bei der Erörterung der c. t. genügend voraus bemerkt.

Da durch Präterition des Sohns der erste Grad durchaus nichtig war, so ist die c. t., welche contra lignum, d. h. gegen ein an sich gültiges Testament geht, die daher die Möglichkeit der her. aditio voraussetzt, undenkbar. Der civile Notherbe war nun einmal in Folge der juristischen Consequenz, und in Folge seines an und für sich stärkeren Rechtes, in diesem Falle übler daran, als es die Prätorischen waren; aber ist das gleich ein Grund, anzunehmen, ohne daß irgend eine Andeutung in den Quellen vorliegt, der Prätor habe sich, um ihnen zu helfen, zu einer Inconsequenz, zu einem völligen Widerspruch verleiten lassen, der doch jedenfalls darin liegen würde, indem er ebendasselbe Testament für nichtig, und dennoch für formell gültig erklärt hätte? Und wenn er dies wirklich gethan, wenn er zugegeben hätte, er wolle aus dem nichtigen Grade eine c. t. verleihen, muß es nicht als durchaus sinnlos erscheinen, daß er dann noch darauf sähe, ob erb-

---

zur Verdrängung dieses zur sec. tab. Berechtigten die c. t. gegeben werden müsse. — Ich glaube nach meinen obigen Ausführungen hiergegen nichts weiter bemerken zu brauchen.

6) Ebenso sprechen auch umgekehrt die Römer vom filius, wo sie lediglich den suus meinen. Der Zusammenhang ergab das immer klar genug (so z. B. fr. 8. fr. 14. §. 1. de lib. et post.).

und antretungsfähige scripti heredes vorhanden seien oder nicht (s. Note 4.)? Wegen der Nichtigkeit des Grades kann ja eben keine her. aditio statt finden. Was einmal nichtig ist, kann nicht noch nichtiger werden. Wie sollte nun der Prätor dazu gekommen sein, dem Testamente seine Anerkennung zu entziehen, welches, wenn es nicht schon nichtig gewesen wäre, nichtig geworden sein würde, und nur das Testament gelten zu lassen (d. h. die c. t. gegen dasselbe gewähren), welches nur aus einem Grunde nichtig war[7])?

Man stößt hier auf Widersprüche, die ich für unauflöslich halte. Und doch ist gar kein Grund, und gar keine Andeutung vorhanden, daß die Römer sich auf diesen dornigten Pfad gewagt hätten, der mir zu etwas mit ihrem juristischen Gefühl so geradezu Unvereinbarem zu führen scheint, daß ein Römischer Jurist nicht einmal den Gedanken wird haben fassen können, hier wäre dem Haussohn durch c. t. b. p. zu helfen.

Lernen wir nun die Aussprüche der Quellen *selbst* kennen. Von demselben Ulpian, der in fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. allgemein vom filius spricht, aber offenbar nur den emancipatus meint, haben wir eine Stelle, die auch wieder vom filius spricht, aus der wir aber doch gleich sehen, daß vom Haussohn die Rede ist.

> **Fr. 3. §. 6. de lib. et post. — Si ita testatus sit paterfamilias, ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo solo exheredaret, Sabinus et Cassius et Julianus putant, peremto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere**

---

7) Der Satz des Civilrechts ist, daß, wenn das Testament als nicht vorhanden betrachtet wird, auch von keiner civilrechtlichen Adition die Rede sein kann. Eine prätorische Agnition konnte der Prätor nun freilich wohl an die Stelle setzen, und das hat er auch in gewissen Fällen gethan. Aber daß er eine civilrechtliche Adition bei einem civilrechtlich nichtigen Testament angenommen hätte, ist in sich selbst ein directer Widerspruch, und diesen würde er sich in unserem Falle haben zu Schulden kommen lassen. Danach würde er, wenn erbfähige scripti heredes vorhanden waren, und aus dem nichtigen Grade antraten, diese auch für wahre civilrechtliche Erben haben ansehen müssen!

unde filius exheredatus est; quae sententia comprobata est.

Man hat sich hier einfach mit der Ausrede beruhigt, Ulpian spreche in dieser Stelle (aus dem Sabinuscommentar) vom Civilrecht, in jenem fr. 8. §. 5. cit. dagegen vom Prätorischen. Aber ich frage, woher wir es rechtfertigen, daß die Römer in so engherziger Weise die Darstellungen der beiden Hauptquellen des Rechts geschieden hätten? Es lassen sich Beispiele in Menge anführen, wo in den Sabinuscommentaren vom Edict, und in den Edictscommentaren vom Civilrecht die Rede ist, und das mußte auch geschehen, da beide Theile ein einziges organisch in einander greifendes Ganzes ausmachen, stets also doch bemerkt werden mußte, was das Prätorische Recht am civilen verändert habe [8]). Und hier sollte Ulpian ausdrücklich die practische Gültigkeit des Civilrechts haben hervorheben können (quae sententia comprobata est), wenn auf den filius in potestate das Prätorische Recht anwendbar gewesen wäre, wodurch es doch offenbar bewirkt würde, daß das Testament nicht ab eo gradu, unde filius exheredatus est, den Anfang nehme, sondern daß auch der vorhergehende Grad aufrecht erhalten werde? Denn es wird doch Niemand läugnen, daß wenn der Prätor wirklich eine c. t. aus dem ersten Grade ertheilte, der civilrechtliche Satz damit practisch antiquirt war, da wohl kein filius es unterlassen haben würde, wenn er überhaupt nicht auf die Erbschaft verzichten wollte, die b. p. zu agnosciren.

Und halten wir doch einmal beide Stellen genauer mit einander zusammen. Es ist nicht der Fall, daß Ulpian im fr. 8. §. 5. cit. bloß vom Prätorischen Rechte rede, er spricht

---

8) Es läßt sich durchaus nicht nachweisen, daß die Römischen Juristen den Fehler begangen hätten, der heutzutage freilich öfter vorkommt, daß man nämlich Römisches Recht als geltend vorträgt, ohne zu berücksichtigen, wie es durch deutsches modificirt worden sei, und umgekehrt. Und doch stehen wir in Bezug auf die Verarbeitung des recipirten Römischen und des deutschen Rechtes ganz ebenso, wie die Römischen Juristen bei ihrem Dualismus des Prätorischen und Civilrechts.

auch von der **hereditas**. Er sagt: **hereditas in secundo gradu versatur**, aber nicht wegen der Präterition des **filius**, sondern nur dann, wenn vor den **instituti** Niemand **in rebus humanis** sei. In unserem **fr. 3. §. 6.** aber versirt die **hereditas** schon von Anfang an, wegen der Präterition des **filius**, **in secundo gradu**. Es ist also gar nicht anders möglich, als daß in der ersteren Stelle von einem **filius** die Rede sei, dessen Präterition den Grad nicht umstößt, d. h. vom **emancipatus**, während in der letzteren, wie auch das Wort **paterfamilias** zeigt, nur der **filius suus** gemeint ist. —

Was wir hiermit aus einem Fragmente Ulpians bewiesen haben, leuchtet wo möglich noch deutlicher aus einer Stelle des Paulus hervor. Sie ist aus dessen Quästionen, und der Jurist behandelt darin einen practischen Fall, über den er befragt worden war, und den er nun nebst dem abgegebenen **responsum** mittheilt. Es scheint mir schlechterdings undenkbar, daß er hier den Fragenden lediglich mit den Sätzen des Civilrechts hätte abspeisen können, wenn die Prätorischen Grundsätze nicht vollkommen damit übereinstimmend gewesen wären.

> **Fr. 43. §. 2. de V. et P. S.** — **Lucius Titius, quum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, et ei substituit filios.** — **Quaesitum est: an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent exheredati? Respondi: eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo quum iidem substituti proponantur, ex testamento eos heredes exstitisse videri, scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo sit filius praeteritus, a secundo exheredatus. Nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est.**

Paulus hebt noch so ausdrücklich hervor, es komme hier gar nichts darauf an, ob der **filius** das Vermögen erhalte

oder nicht [9]); und so kann also auch keine c. t. b. p. ihm zu Gute gekommen sein, denn wenn diese gegen alle juristische Consequenz ihm gegeben worden wäre, so wäre sie doch lediglich aus dem Gesichtspunkte einer anomalen Begünstigung zu erklären, und man würde sie also auch gewiß nicht zugelassen haben, wenn der Sohn schon ohne das als **institutus** das Vermögen erhielt.

VIII. Die Concurrenz der civilen und Prätorischen Notherben.

§. 93. Nachdem wir jetzt die Lehren von den Subjecten, den Wirkungen und den Berücksichtigungsvorschriften der c. t. b. p. beendigt haben, können wir zu der Frage übergehen, auf welche wir schon öfter in Voraus verweisen mußten, nämlich wie sich das Zusammentreffen von civilen und Prätorischen Notherben in einem und demselben Erbfalle gestaltet habe. Wir haben bisher nur das Verhältniß des eine wahre c. t. Agnoscirenden zu den **scripti extranei**, zu den **conjunctae personae**, und zu anderen Prätorischen Notherben kennen lernen. Aber damit ist die Stellung der **filii** und **postumi sui** zu der erbetenen c. t. b. p. noch nicht beantwortet.

So viel glaube ich oben bei der Entwicklung der nominellen b. p. c. t. bereits dargethan zu haben, daß der Prätor ihnen ihr Civilrecht vollkommen anerkannt hat. Aber die Gründe, weßhalb der Prätor dies ihr Civilrecht in eben jene nominelle c. t. einkleidete, konnte ich einstweilen nur andeuten, und erst hier lassen sich dieselben vollständig übersehen.

Ich muß, ehe ich zu der Darstellung der einzelnen Fälle übergehe, gleich im Voraus bemerken, daß wir uns hier auf einem Gebiet befinden, wo mehre juristische Principien und außerdem auch noch sehr natürliche Rücksichten der Billigkeit mit einander im Conflict gerathen, weßhalb es denn auch nicht zu

---

9) **Fr. 75. de her. inst. (Papin.). — Si filius substituatur ei, a quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem, quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus.**

verwundern ist, daß unter den Römischen Juristen sich bedeutende Meinungsverschiedenheiten bildeten. Es ist von besonderem Interesse und Werth, diesen Controversen und den für die gegenüberstehenden Ansichten geltend gemachten Gründen genau nachzuforschen. Mir scheint, daß man hierin heutzutage noch keineswegs in allen Punkten das Richtige getroffen hat.

Die einzelnen Concurrenzfälle werden sich am Besten so durchgehen lassen, daß wir das Recht der civilen Notherben zum Grunde legen, also die drei Fälle ihrer Institution, Exheredation und Präterition. In jedem derselben ist dann damit das Recht des instituirten, exheredirten oder präterirten Prätorischen Notherben zusammenzustellen.

1. Ein civiler Notherbe ist instituirt.

Wir brauchen uns natürlich nicht weiter auf die beiden Fälle einzulassen, wenn neben ihm ein instituirter oder exheredirter Prätorischer Notherbe steht. Es bleibt also nur der dritte Fall übrig, wenn eine Präterition des *Letzteren* vorliegt. Hier tritt nun bekanntermaßen für die civilen Notherben, *ebenso* wie bei der Institution eines Prätorischen, eine **abgeleitete b. p.** aus der Person des Präterirten ein [1]). Alle die Gründe, welche nach unserer obigen Darstellung der abgeleiteten c. t. zum Grunde liegen, kommen hier nicht minder in Betracht. Indem nämlich der Prätor in der c. t. die Succession sämmtlicher liberi nach gleichen Grundsätzen reguliren will, so muß er natürlich zu derselben auch die zulassen, welche im Fall der Präterition die wahre Intestatsuccession eröffnen würden; denn auf eine dem practischen Effecte nach dieser Intestatsuccession

---

1) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. (Ulp.). — Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus juris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent; quippe si filius, qui in potestate patris est, ex duodecima parte heres scribatur emancipato praeterito, dimidiam partem beneficio emancipati occupat, qui si emancipatum fratrem non haberet, duodecimam partem habiturus esset. Sed si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per b. p. habere potest.

gleichstehende Erbschaftsvertheilung geht ja gerade die c. t. b. p. aus.

Danach mußte denn hier der Prätor es ebenfalls geschehen lassen, wenn der Instituirte sich der abgeleiteten b. p. nicht bedienen, sondern mit seinem Civilrechte, soweit es den Virilttheil nicht überstieg, zufrieden sein wollte, so daß also dann für die verschiedenen Erbquoten eine testamentarische [2]) und eine notherbenrechtliche Succession nicht zu vermeiden war.

Hiebei könnte man nun aber meinen, daß folgender Punkt Schwierigkeiten gemacht habe. Die civilen Notherben sind ja stets sui heredes, ihnen fällt daher die hereditas immer ipso jure zu, und da dies in unserem Falle ex testamento geschieht, so scheint dadurch die c. t. b. p. ihnen unmöglich zu werden, so lange sie nicht durch das beneficium abstinendi vom testamentarischen Civilerbrecht befreit wurden; denn man kann nicht zugleich testamentarischer Erbe sein und c. t. b. p. erbitten. Dem ist aber nicht so, die Römer erklärten sehr natürlicher Weise das ipso jure Erbewerben nicht für genügend um die c. t. auszuschließen, vielmehr forderten sie eine positive Handlung, welche eine Anerkennung des Testaments involvirt. Bei einem extraneus heres ist dies die her. aditio, bei dem Haussohne mußte, da die Erschaftsantretung schon durch die Rechtsregel mit der Delation zusammenfällt, das factische Immisciren substituirt werden [3]). Lag nun aber diese Einmischung vor, so müssen die Römischen Juristen rücksichtlich der zu zahlenden Legate dieselbe Meinungsverschiedenheit gehegt haben, welche oben §. 85. Note 4. angegeben ist.

---

2) Diese wurde auch dann angenommen, wenn der instituirte civile Notherbe nicht bloß die c. t., sondern auch die testamentarische Succession verschmähte, um ab intestato die Erbschaft zu besitzen. fr. 23. si quis omiss. causa.

3) Fr. 14. pr. in fin. de b. p. c. t. (Afric.). — Quodsi is, qui in potestate est, heres institutus sit, quoniam necessarius heres sit, non aliud dici posse, quam et ipsum petere posse b. p., si modo hereditati se non immiscuerit; tunc enim, quia judicium patris comprobasse videtur, in eodem loco, quo emancipatum, haberi debere.

Wenn dagegen der Haussohn die abgeleitete c. t. agnoscirte, so waren sie darüber einig, daß er nur den **parenti et liberi** von dem, was er dadurch gewinnt, die Legate zu prästiren habe. Indessen wird dabei in den Quellen noch eine besondere Frage hervorgehoben, worin wiederum die Juristen abweichender Ansichten gewesen sind. Falls nämlich der instituirte Haussohn **impubes** und ihm ein Anderer in **secundum casum** substituirt war, so ist freilich über die dem Substituten anbefohlenen Legate kein Zweifel [4]), rücksichtlich der dem Sohne dagegen aufgelegten und nun vom Substituten zu erfüllenden äußern sich die Quellen verschieden.

Fr. 5. pr. de legat. praest. (Ulpianus). — Filium quis impuberem heredem scripsit, eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit; deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem; — — quaeritur an mortuo impubere cogatur substitutus ea (legata) praestare. Et siquidem *ab impubere* relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt. — — §. 1. Quodsi impubes ex uncia duntaxat institutus heres fuerit, magis est, semissem usque legata praestiturum etc.

Aus diesem §. 1. sehen wir jedenfalls, daß Ulpian meint, der Substitut müsse die vom **impubes** hinterlassenen Legate nicht nach dem kleineren Institutionstheile, sondern nach dem durch die c. t. erlangten Virilttheile zahlen. Wenn er auch nachher besonders von den dem Substituten aufgelegten Legaten spricht, so kann er doch für die dem Haussohn aufgelegten unmöglich etwas Anderes meinen. Er stellt also nur die Unterscheidung auf, daß der Substitut nach dem Virilttheil die ihm selbst anbefohlenen Vermächtnisse Allen, dagegen die vom **impubes** hinterlassenen lediglich den **conj. pers.** zu zahlen habe, ebenso wie dieser selbst auch nur hiezu verpflichtet gewesen wäre. Und dies erscheint auch als die natürlichste Ansicht. Anders aber und zwar unjuristischer beurtheilt Scävola den Fall:

Fr. 103. §. 2. de legat. III. — Si filius ex uncia

4) Fr. 34. §. 2. fr. 35. de vulg. et pup. subst. s. Francke a. a. O. S. 157 ff.

heres institutus sit, et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem, substitutus ejus utrum ex uncia legata praestet, an vero ex semisse? Et verius est ex semisse, sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus.

Scävola ist in soweit mit Ulpian gleicher Ansicht, daß der Substitut nicht bloß von der **uncia**, sondern von dem Viriltheil (der Hälfte) die dem **impubes** aufgelegten Legate zu zahlen habe, aber nun unterscheidet er: von der **uncia** soll er wie ein testamentarischer Erbe Allen, vom Ueberrest dagegen nur den **conj. pers.** sie prästiren. Die Gründe, welche ihn leiteten, werden gewesen sein, daß doch hier dem Instituirten sein Institutionstheil erhalten werde, daß sogar dieser **ipso jure** dem Kinde zufalle, also müsse doch der Substitut aus dessen Person, soweit dieser Theil reicht, ganz als testamentarischer Erbe betrachtet werden [5]). Aber diese Gründe sind nicht

---

5) Francke a. a. O. S. 160. tritt dem Cujacius bei, welcher den Widerstreit zwischen Scävola und Ulpian dadurch hinwegzuräumen sucht, daß er die Stelle des Scävola von Legaten versteht, welche dem Substituten aufgelegt sind. Dies geschieht dadurch, daß die Worte **habeat et substitutum** vor den Satz: **et ab eo legata data sint** gerückt werden. Allein ich kann mich nicht überzeugen, daß durch diese schon an und für sich gewaltsame Aenderung die Stelle weniger Schwierigkeiten darböte. Francke nämlich billigt es mit Recht nicht, daß man nun ohne Weiteres die Schlußworte **Et verius est etc.** mit Cujacius streiche. Läßt man sie aber stehen, so scheint es mir viel eher erklärlich, daß Scävola für die dem **impubes**, als die dem Substituten aufgelegten Legate jene Ansicht aufstellen konnte. Für Letzteres wären doch eigentlich gar keine juristischen Anhaltspunkte vorhanden, wogegen Ersteres die im Texte angegebenen Gründe für sich hat, die, wenn auch nicht so richtig wie Ulpians Ansicht, doch wie mir scheint, sehr wohl den Scävola bewegen konnten. Wir dürfen uns gar nicht so sehr sträuben, unter den Römischen Juristen in diesem Gebiete Meinungsverschiedenheiten anzunehmen, die sich auch oft ziemlich weit von den Ergebnissen juristischer Consequenz entfernen. Die folgende Darstellung wird dies in mehr als einem Beispiele zeigen. — Wenn aber Scävola meinte, daß der Substitut die dem **impubes** aufgelegten Legate zur **uncia**

die richtigeren. Der Institutionstheil wird neben der c. t. b. p. des Bruders nicht eigentlich erhalten, sondern, wenn die abgeleitete c. t. agnoscirt wird, so ist er eben dadurch ganz untergegangen (§. 85. Note 1 a), und die notherbenrechtliche nach Verbreitung über die ganze Erbschaft strebende Succession an die Stelle getreten. Das ipso jure Erbewerden des Kindes verändert daran nichts, denn dies hindert, wie auch Scävola annimmt, die Agnition der c. t. nicht, sobald nur nicht das Immisciren schon eingetreten war; wenn aber die c. t. dadurch nicht verhindert wird, so muß man auch die Wirkungen der c. t. anerkennen, und so kommen wir denn zu der Ulpianschen Ansicht zurück, daß solis liberis parentibusque die Legate zu prästiren sind. Es ist freilich bei der Concurrenz der liberi nicht immer zu vermeiden, daß für verschiedene Personen die Grundsätze verschiedener Successionen anerkannt werden müssen, aber in einer und derselben Person zum Theil eine testamentarische, zum Theil eine notherbenrechtliche Succession gelten zu lassen, macht den Eindruck des Gezwungenen und Unnatürlichen.

Jedenfalls sieht man aber schon aus diesem Beispiele, daß wir uns hier auf einem Felde befinden, wo die Römische Jurisprudenz sehr leicht in Schwankungen und Meinungsverschiedenheiten gerathen konnte. Es ergiebt sich von selbst eine Mehrzahl von Ansichten, auf die man verfallen kann, und für die sämmtlich sich auch Gründe anführen lassen. Dabei greift dann mehr ein individuelles als ein streng juristisches Gefühl ein, welchen Gründen man den Vorzug geben wolle. So scheint mir auch für die Ansicht des Scävola außer den vorher vermutheten juristischen Gründen ein anderer veranlassender Umstand noch wichtiger. Es ist, wie wir dies alsbald noch weiter verfolgen werden, das Streben der Römischen Juristen unverkennbar, in den mancherlei sich hier erhebenden

---

Allen zu zahlen habe, so muß er jedenfalls auch dem impubes selbst diese Verpflichtung aufgelegt haben. Ulpian dagegen erkennt für den instituirten Impubes wie überhaupt für alle instituirten liberi nur die Legate an die conj. pers. an, und meint nur, wenn er die b. p. nicht agnoscire, so müsse er von seinem Institutionstheile an Alle die Legate zahlen. §. 96. Note 2.

Fragen, bei denen man bisweilen wirklich sehr zweifelhaft sein kann, soviel wie möglich zu Gunsten des Testaments und für die Aufrechthaltung der Legate zu sprechen. Von diesem Billigkeitsgrundsatze aus mußte man dann häufig die juristische Consequenz verlassen. Aber freilich giebt es hierin Stufen und Grade, und von Scävola kann man in dem angegebenen Falle wohl sagen, daß er sich vom juristischen Boden etwas zu weit hat ableiten lassen.

§. 94. — 2. Ein civiler Notherbe ist exheredirt.

Auch bei diesem zweiten Falle ergiebt sich die Antwort von selbst, wenn daneben ein Prätorischer Notherbe instituirt oder ebenfalls exheredirt ist. Wie aber, wenn Letzterer präterirt war, also die c. t. b. p. erhielt?

Hievon handelt das lange und wegen seiner umständlichen Argumentation sehr lesenswerthe fr. 20. de b. p. c. t. von Tryphonin. Da diese Stelle an sich vollkommen deutlich ist, so will ich nur ihren Inhalt und dessen Gründe hier referiren.

Wir haben in der bisherigen Darstellung schon nach den verschiedensten Richtungen hin die Bedeutung kennen lernen, welche der her. aditio des scriptus heres bei der c. t. b. p. beizulegen ist. Hier begegnen wir derselben nochmals. Es fragt sich nämlich, auf welche Weise der exheredirte Haussohn neben dem präterirten emancipatus zur Erbschaft gelangen könne? Mittelst der c. t. b. p. ist dies nicht möglich, denn diese läßt ja die Exheredationen bestehen, weßhalb denn auch der Jurist ganz allgemein sagt: emancipatus autem, petens c. t. b. p., solus habebit bonorum possessionem. Da also dem Exheredirten der Weg des Prätorischen Rechts ganz verschlossen ist, so bleibt ihm doch nur die Möglichkeit, mittelst des Civilrechts an der Succession Theil zu nehmen. Hier kommt daher Alles darauf an, ob der scriptus heres die her. aditio vornimmt oder nicht. Im ersteren Fall ist abgesehen von der querela inoff. der Haussohn ausgeschlossen.

Im letzteren Fall dagegen tritt nach Civilrecht die Intestatsuccession ein, die also nur der Haussohn ganz allein in Anspruch nimmt (filius ab intestato patri suus heres deprehendetur), während umgekehrt des Emancipirten c. t. b.

p. ebenfalls auf die ganze Erbschaft gerichtet ist. Beide, das Civilrecht und das Prätorische, stehen sich hier also entschieden entgegen, und es ist die Frage, wie diese Collision zu heben sei. — Mir scheint hiebei kaum zweifelhaft, was die eigentliche strenge juristische Consequenz hätte ergeben müssen. Die Römer sprechen es so vielfach und entschieden aus, daß nach einmal agnoscirter c. t. die her. ad. des scriptus keine Bedeutung mehr für den c. t. b. possessor hat. Seine Stellung soll durch dieselbe nicht mehr verschlechtert werden können, und da nun außerdem nach dem Princip der c. t. die Exheredationen bestehen bleiben, so müßte der exheredatus völlig ausgeschlossen werden, ohne weitere Berücksichtigung, ob die Erbschaftsantretung vorgenommen werde oder nicht. Tryphonin aber entscheidet nicht so; wir können es ganz dahin gestellt sein lassen, ob dies allgemeine Ansicht der Juristen war, oder ob auch hier (was gar nicht unwahrscheinlich ist) Streit geherrscht hat; jedenfalls ist seine Meinung uns von großem Interesse, weil dies wieder ein Beispiel ist, daß man, auf die Billigkeit gestützt, von der strengen Rechtsconsequenz abging. Der Jurist stellt sich, während man eigentlich die ganze Frage nach den Grundsätzen der den scriptus vollkommen hinwegräumenden c. t. b. p. beurtheilen müßte, umgekehrt auf den Standpunkt des Civilrechts. Hiernach ist Intestatsuccession eingetreten, man kann also auch von dem destituirten Testamente nicht lediglich noch die Exheredation aufrecht erhalten wollen. Diese civile Intestatsuccession stellt nun Tryphonin in den Vordergrund, und nimmt damit die erbetene c. t. als removirt an; vielmehr soll diese nur noch die Wirkung haben, daß neben dem suus, der nach Civilrecht heres ex esse wird, der emancipatus ab intestato vom Prätor in der Hälfte der Erbschaft geschützt wird, m. a. W. die auf die ganze Erbschaft agnoscirte c. t. wird zu einer b. p. unde liberi auf die Hälfte. Ueber diesen Hauptpunkt, daß die erbetene c. t. nun auf einmal wieder durch die Ausschlagung des scriptus heres ihre Kraft verliert, geht der Jurist ohne alle Anführung von Gründen ganz rasch hinweg. Und in der That ist derselbe auch nicht juristisch zu vertheidigen, es stehen ihm die völlig unzweifelhaften Grundprincipien der c. t. durchaus

entgegen, wonach es allgemein anerkannt war, daß die **semel nata b. p.** keine Veränderung erleidet, **sive quis heres exstiterit sive non.**

Damit ist aber nicht gesagt, daß die Ansicht Tryphonins zu tadeln wäre, auch nur so, wie ich mich im vorigen § über jene Meinung des Scävola äußerte. Es ist offenbar, daß man hier lediglich zur Begünstigung des **exheredatus** von den im Uebrigen völlig anerkannten Grundprincipien der **c. t.** um der Billigkeit willen abging. Die ganze Lehre von der **c. t.** ist uns, wie ich oben §. 86. (am Ende) hervorhob, ein sehr lehrreiches Institut, weil die Römischen Juristen das ganze Gebäude auf so feste Principien zu bauen verstanden; aber sie verstanden es auch, hie und da am rechten Orte von diesen Principien, wo die **aequitas** ein Anderes rieth, abzuweichen, ohne daß damit dem Ganzen ein Schaden geschah. Dies scheint mir sowohl von den folgenden Fragen, die wir noch kennen zu lernen haben, als auch von der uns jetzt beschäftigenden gesagt werden zu müssen. Die Exheredationen waren nicht beliebt, und wenn also auch der Prätor sie im Allgemeinen aufrecht erhielt, so erschien es doch passend, dies nicht anders anzunehmen, als wenn die Enterbung auch nach Civilrecht Gültigkeit hatte [1]). Bei dieser gleichsam restrictiven Interpretation mußte man denn von selbst darauf kommen, den dem **exheredatus** zu gewährenden Schutz an die Ausschlagung des **scriptus heres** zu knüpfen. Und so kam, was Tryphonin auch ausdrücklich hervorhebt, das Resultat heraus, daß dem Instituirten diese seine Ausschlagung ein verkäuflicher Gegenstand wurde, für die er vom **exheredatus**, dessen Erbrecht lediglich davon abhängt, sich bezahlen lassen kann.

Im §. 1. unseres Fragments handelt dann der Jurist von der Collation, was wir, wie überhaupt diese ganze Lehre, übergehen. Dagegen muß ich noch einige Worte über die im §. 2. besprochene Legatenzahlung hinzuzufügen, welche Tryphonin

---

1) **Fr. 8. pr. de b. p. c. t.** — **Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad c. t. b. p. admittendos, s i c u t i n e c j u r e c i v i l i t e s t a m e n t a p a r e n t u m t u r b a n t.** Das **sicuti** ist nach Tryphonins Ansicht nicht im Sinn von: s o w i e, sondern von: s o w e i t zu verstehen.

im Fall des Zusammenerbens der beiden Brüder annimmt. Auch hier ist von juristischer Consequenz nicht die Rede, denn wenn der Jurist seine eigenen Worte im pr. (redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum ex asse heredem, ab intestato patre emancipatum Praetor in parte dimidia tueatur) streng genommen hätte, so verstand sich von selbst, daß von einer Legatenzahlung gar nicht die Rede sein konnte. Nichtsdestoweniger aber soll für seine Hälfte der emancipatus die conjunctae personae befriedigen, weil er doch einmal die c. t. b. p. agnoscirt hatte, und man deren Grundsätze beibehielt, trotz dem, daß die Intestatsuccession eingetreten war, und den b. possessor auf die Hälfte herabgesetzt hatte. Also wiederum nichts als Billigkeit gegen die parentes et liberi, denen man, auch wo das Recht es nicht consequent gebot, hier wie in vielen Fällen ihre Legate gerne bewahrte. Weiter aber wagte man doch nicht zu gehen, der Haussohn soll für seine Hälfte ganz unbeschwert bleiben, und so schließt denn der Jurist: erit ergo melior hoc casu conditio in familia relicti filii, quam foret, si exheredatus non esset, — was freilich ein ziemlich sonderbares Resultat ist.

§. 95. — 3. Ein civiler Notherbe ist präterirt.

Bei diesem letzten Falle kommen ganz neue Momente der Betrachtung hinzu, wodurch er sich von den vorhergehenden beiden Punkten wesentlich unterscheidet. Im ersteren Fall war das Testament in Folge der Institution des civilen Notherben vollkommen gültig gewesen; im zweiten fand, bei seiner Exheredation, eigentlich ganz dasselbe Statt, also die c. t. war gegen das Testament zulässig, aber mittelst einer Anomalie leitete man aus der Nichtantretung des scriptus heres die Ungültigkeit des Testamentes ab. Hier in diesem dritten Fall aber stellt sich die Sache noch ganz anders. Das Testament ist wegen Uebergehung des schon geborenen Haussohns oder der später erschienenen postumi nichtig, und dies hat auf die Frage, ob eine c. t. b. p. entstehen könne, den entscheidendsten Einfluß.

Hier ist der Punkt, wo wir die Bedeutung und die Grän-

zen der früher schon besprochenen nominellen c. t. b. p. erst gehörig ermessen können, von der ich oben bereits hervorhob, daß sie nur im Fall der Concurrenz mit anderen Notherben eigentliche Wichtigkeit hat, so wie denn auch vorherrschend nur in dieser Richtung die Quellen von ihr sprechen. Wenn ein Haussohn oder postumus, ohne daß noch andere liberi in Betracht kamen, präterirt war und b. p. erbat, so nannte man das auch wohl in übertragener Weise eine c. t., aber das Wesen derselben war, wie nie Jemand bei den Römern bezweifelt hat, das einer b. p. unde liberi, unter welchem Namen sie auch gleich von Anfang an agnoscirt werden konnte. Nur in singulärer Weise läßt sich, wie ich oben angab, ein Fall denken, wo die Agnition der c. t. b. p. dem civilen Notherben wirklich von Interesse war (§. 74. № 1.). Dagegen wo neben ihm andere Notherben stehen, hat die nominelle c. t. wirklich selbständige juristische Bedeutung erhalten, wie aus dem Folgenden zu ersehen ist. Wir müssen auch hier, wie bei den vorhergehenden Fragen, gleich hervorheben, was die Ergebnisse der streng festgehaltenen juristischen Consequenz gewesen sein würden. Es kann keinen Zweifel leiden, daß danach von einer c. t. b. p. nur die Rede gewesen wäre, wenn Prätorische Notherben präterirt waren; denn die c. t. setzt ein gültiges Testament voraus. Waren aber civile Notherben präterirt, so bietet die dadurch hervorgerufene Nichtigkeit des Testamentes ein an und für sich mit den Grundsätzen der c. t. unvereinbares Moment dar. Ebendeßhalb hätte man eigentlich ganz allgemein und ohne alle Unterscheidung sagen müssen, es trete Intestatsuccession ein, an der die noch neben dem präterirten Haussohn oder postumus vorhandenen liberi, nach civilem und Prätorischem Rechte (b. p. unde liberi) Theil nähmen.

Aber es war nicht rathsam, bei diesen Sätzen ganz starr und unbeweglich stehen zu bleiben. Man ging davon ab. Indessen sind in dieser Hinsicht zwei wesentlich verschiedene Punkte genau zu trennen, welche ich auch schon im §. 74. № 2. kurz angedeutet habe. Sie bilden zwei verschiedene Stufen, von denen die eine um einen Schritt weiter von der civilrechtlichen Consequenz entfernt ist, als die andere. Die Quellen

zeigen uns nicht undeutlich an, daß beide auch historisch hintereinander liegen, indem der erste Schritt ein vom Prätor selbst angeordneter ist, über den also auch gar kein Streit bestand, während der zweite auf Fortentwicklungen der Römischen Jurisprudenz beruht, über welche die Juristen auch nie recht einig geworden sind.

a) Wenn in einem Erbfalle nur präterirte Prätorische Notherben vorhanden waren, so verstand es sich von selbst, daß ihnen eine vor die sec. tab. b. p. gestellte Agnitionsfrist eingeräumt werden mußte. Dies kann doch nun auch nicht verändert werden, wenn noch neben dem Prätorischen civile präterirte Notherben vorhanden waren, da dies ja der Prätor im Voraus noch gar nicht wissen konnte. Aber von der anderen Seite ist es nun wiederum nicht denkbar, daß der Prätor den civilen Notherben gegen den Prätorischen hätte zurücksetzen, also Ersterem, der ab intestato ein Recht auf die b. p. unde liberi hatte, einen erst nach Ablauf der Frist für die c. t. [1]) beginnenden Agnitionszeitraum anberaumen können. Hätte dann auch etwa gar, nach Agnition der c. t., die b. p. in der folgenden Frist nach der allgemeinen Regel versagt werden sollen? Unmöglich, denn der Prätor will ja unter allen liberi eine gleichmäßige Vertheilung eintreten lassen. Und warum überhaupt den civilen Notherben in eine spätere Frist stellen, da doch Beide zusammen den Erblasser beerben sollen, da man überhaupt die dem Einzelnen zu gebende Portion nur durch vereinte Berufung Aller, die miteinander theilen sollen, feststellen kann. Was war also zu thun? Da man den Prätorischen Notherben doch keinenfalls sein selbständiges Recht auf die c. t. abläugnen, also ihn nicht von dem Recht der civilen Notherben abhängig machen konnte, da man Letztere aber auch Jenem nicht nachstellen durfte, so bleibt gar nichts Anderes übrig, als daß man Alle zusammen gleich in der ersten Frist, also zur c. t., berief.

Da dies von Anfang an sich als etwas Nothwendiges darbieten mußte, so haben wir uns auch gleich mit der Einfüh-

1) Denn von einer Agnition der sec. tab. konnte, da das Testament nichtig ist, jedenfalls nicht mehr die Rede sein.

rung der c. t. diese nominelle Zuziehung der civilen Notherben unzertrennlich verbunden zu denken. Und dies beweisen ja auch unsere Quellen, wie oben nachgewiesen ist, so entschieden. Die Accrescenzerben sollen nicht bloß, wenn sie allein sind, ein materiell gleiches Recht erhalten, wie es die filii und postumi, wenn diese ebenfalls allein sind, haben. Alsdann mußte das Prätorische Edict lediglich von den Accrescenzerben (und dann hinterdrein auch von den emancipati) gesprochen haben. So ist es aber nicht, sondern das Edict ruft sämmtliche liberi, d. h. eigentlich und anfangs nur die sui, aber diese doch insgesammt zur c. t. b. p.; mithin sind darunter auch die civilen Notherben in ihrer Concurrenz mit den Prätorischen einbegriffen.

In dieser Gestalt haben wir uns daher die nominelle c. t. jedenfalls schon von Anfang an zu denken. An und für sich ist dies nur eine formelle Verbindung mit der wahren c. t. der Accrescenzerben, eine Zusammenordnung in dieselbe Agnitionsfrist. Mit ihr ist es daher noch immer vereinbar, daß, wenn die civilen Notherben von ihrem Recht Gebrauch machen, und die nominelle c. t. agnosciren, dann die Ungültigkeit des Testaments auch für die Prätorischen Notherben anzunehmen war, ihre b. p. also ebenfalls den Charakter der unde liberi erhielt.

Damit ist aber auch zugleich das Umgekehrte gegeben, und hier finden wir denn schon eine wichtige materielle Bedeutung, welche wir der nominellen b. p. c. t. gleich anfangs nicht absprechen können. Indem nämlich der Prätor Beide, die civilen und Prätorischen Notherben, als selbständig Berechtigte, in derselben Frist vereinigt, und nicht die Letzteren vom Rechte der Ersteren gänzlich abhängig machen kann, so liegt darin, daß wenn nun der civile Notherbe weder durch Agnition der nominellen c. t. noch durch her. ad. sein Recht geltend macht, für den Prätorischen Notherben durchaus die wahre c. t. b. p. eintritt. Denn wäre dies nicht der Fall, ließe der Prätor, auch wenn der präterirte Haussohn abstinirt, für den präterirten Accrescenzerben die reine Intestatsuccession eintreten, so hieße das ja, das Recht des Letzteren von dem des Ersteren ganz abhängig machen; oder mit anderen Worten, es

hätte in diesem Fall gar keine Frist der c. t. geben können. Nach Civilrecht war freilich das Testament nichtig, aber es ist doch sehr erklärlich, daß hier, wo der civile Notherbe selbst sein Recht aufgab, der Prätor nun auch dem Prätorischen N. E. nicht erlaubte, dies aufgegebene Recht einer anderen Person zu benutzen, sondern ihn lediglich auf das in eigener Person begründete Recht beschränkte. Darin liegt allerdings, daß er in diesem Punkte das Civilrecht entschieden verläßt, und, indem er das ungültige Testament für Prätorisch gültig erklärt, dadurch einen Boden gewinnt, auf dem die wahre c. t. des Prätorischen Erben ruhen kann.

Was wir hiemit schon aus der formellen Zusammenordnung der nominellen und wahren c. t. bewiesen haben, wird nun auch durch einen ausdrücklichen Quellenausspruch bestätigt:

> Fr. 17. de inj. rupto. (Pap.). — Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit; quodsi se bonis patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.

Papinian hat hier wahrscheinlich instituirte Brüder des Präterirten vor Augen, aber dadurch verliert die Stelle nichts von ihrer Beweiskraft. Denn sie zeigt doch jedenfalls, daß diese Instituirten eine sec. tab. erbitten können. Regelmäßig ist nun die sec. tab. confirmandi jur. civ. gratia, aber hier, wie in einigen anderen Fällen, die wir später kennen lernen werden, ist sie es ausnahmsweise nicht. Dies ist zugleich maaßgebend für die c. t., welche da eintreten kann, wo die Möglichkeit der her. ad. oder der b. p. aus dem Testamente vorhanden ist [2]). Die c. t. setzt nur ein nach Prätorischen

---

2) Fr. 8. §. 5. fr. 19. de b. p. c. t. — Die Worte: (testamentum), ex quo neque adiri hereditas neque bon. poss. peti potest. — und: ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas b. p. peti potuit, sind also so zu verstehen: in allen Fällen, wo her. ad. möglich ist, da ist es auch die sec. tab., es giebt aber umgekehrt einzelne Fälle, wo Erstere unmöglich, Letztere möglich ist; jedenfalls genügt dies zur Begründung der c. t.

Grundsätzen gültiges Testament voraus, und auf die c. t. paßt Papinians Grund ganz ebensogut, wie auf die sec. tabulas. Denn auch bei jener wird Manches von der voluntas testatoris aufrecht erhalten, und dies muß also doch ebensogut Gültigkeit behalten, wenn ein Prätorischer Notherbe auftritt, als wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft behalten. —

Das bisher Gesagte ist entschieden Prätorische Thätigkeit, und hierüber konnte auch natürlich kein Streit unter den Römischen Juristen sein. Das Uebrige, worin man von den im Anfange dieses § angegebenen Sätzen der juristischen Consequenz ex bono et aequo abging, war Gegenstand der Controverse, kann also jedenfalls nicht im Edicte festgestellt worden sein. Hier haben wir daher die Gränze zu machen. Das Bisherige ist die ursprüngliche Bedeutung der nominellen c. t. b. p. Wir können es in kurze Worte zusammenfassen:

Indem die civilen Notherben formell mit in die Klasse der c. t. b. p. aufgenommen werden, so verlieren sie dadurch, falls sie auf ihr Recht verzichten, den Einfluß, den ihr verletztes Notherbenrecht nach der subtilitas juris auf die concurrirenden Prätorischen Notherben äußert.

Dieser Satz war aber zu verführerisch, als daß nicht die Römischen Juristen auf dem einmal angebahnten Wege des bonum et aequum noch weiter fortzuschreiten versucht werden mußten.

b) Der zweite Schritt nämlich, nachdem der Prätor jenen ersten gethan, lag sehr nahe. Der Prätor hatte doch das durch Präterition des Haussohns ungültige Testament nach der aequitas für gültig erklärt, sobald der Präterirte auf sein Recht verzichtet. Die Billigkeit rieth, dies auch auf den umgekehrten Fall zu übertragen, wenn er sein Recht, sei es durch die nominelle b. p. oder durch her. aditio, geltend machte. Einige Römische Juristen haben dies in der That unternommen, und es ist hier gleich im Voraus zu bemerken, was auf diesem Gebiete allgemein anerkannt blieb, was dagegen dem Streite unterworfen wurde.

Von dem durch die juristische Consequenz gebotenen Satze, daß eigentlich die reine Intestatsuccession eintrete, ist man freilich für die Person des civilen Notherben, wenn dieser sein Recht geltend machte, nie abgegangen. Ich glaube dies oben

bereits vollständig bewiesen zu haben. Wohl aber konnte und mußte jener erste Schritt des Prätors sehr leicht Folgendes hervorrufen. Die Einwirkungen des civilen präterirten Notherben auf die Successionsart des präterirten Prätorischen sollen, wenn jener verzichtet, ausgeschlossen sein, warum denn nicht also auch, falls er sich seine Portion in der That durch her. ad. oder b. p. angeeignet hatte? Schon in der formellen Zusammenstellung der civilen und Prätorischen Notherben in derselben Frist der c. t. b. p. liegt, daß der Prätorische nicht aus der Person seines Bruders, sondern aus eigenem selbständigen Rechte gerufen wird. Noch deutlicher sieht man dies im Fall des Verzichtes des Haussohns. So konnte man denn auch leicht dahin kommen, zu sagen, daß für den präterirten Accrescenzerben und Emancipirten lediglich und für alle Fälle sein eigenes selbständiges Recht auf die wahre c. t. in Betracht komme, daß er aus der Person des civilen präterirten Notherben, auch wenn dieser seinen Viriltheil *in Anspruch* nehme, kein Recht auf die reine Intestatsuccession *herleiten* solle. Man war schon gewöhnt worden, bei der Succession der liberi nebeneinander für verschiedene Portionen verschiedene Delationsgründe (z. B. eine testamentarische und eine notherbenrechtliche) anzuerkennen, und so brauchte man denn auch hier nicht davor zurückzuschrecken, für die eine Virilportion die Grundsätze der Intestatsuccession, für eine andere die der c. t. eintreten zu lassen.

Ich habe bisher gesagt: es lag sehr nahe, daß aus jenem ersten Schritt sich dieser zweite entwickelte. Aber was waren die Gründe, daß man es that? Offenbar dieselbe aequitas, welche schon den Prätor die c. t. aufrecht halten ließ, wenn der Haussohn abstinirte. Die c. t. ist ja im Allgemeinen nach dem Bilde der Intestatsuccession gemacht, also der Prätorische Notherbe erhält in der That den Theil, welchen Letztere ihm gewähren würde. Aber dennoch erhält die c. t. Manches vom Testament aufrecht, und namentlich Eins, was lediglich durch die aequitas hervorgerufen war, nämlich die Legate an die conjunctae personae (§. 84. Note 4.). Die parentes et liberi wollte man gern immer noch neben den civilen und Prätorischen Notherben in dem ihnen Hinterlassenen schützen. Frei-

lich hat nie ein Römer daran gedacht, dem civilen Notherben die Legatenzahlung aufzulegen, wohl aber war dies bei dem Prätorischen möglich, sobald man nur bei ihm nicht auf das vom Haussohn abzuleitende Recht der Intestatsuccession, sondern auf sein eigenes durch seine Präterition entstandenes Recht zur c. t. b. p. sah. Von letzterem Gesichtspunkte aus mußte er nun allerdings von seiner Portion die Legate an die conjunctae pers. zahlen.

So entstand, aus Begünstigung der parentes et liberi, dies, man könnte sagen: „System der persönlichen Rechte". Es soll im Fall der Concurrenz von civilen und Prätorischen Notherben nicht mehr ein einziges Princip die ganze Succession beherrschen, sondern es wird bei jeder einzelnen Portion auf das eigene Recht des dazu Berufenen gesehen. Ist dies civiles Notherbenrecht, so succedirt er für seine Quote ab intestato, und hat keine Legate zu zahlen. Ist es ein Prätorischer Notherbe, so succedirt er nach dem Recht der c. t. und hat für seine Portion die Legate an parentes et liberi anzuerkennen.

Juristisch consequent ist das freilich nicht, wohl aber wurde es durch eine natürliche Billigkeit empfohlen; und so kommt es, daß auch die römischen Juristen, jenachdem sie der Consequenz oder der Billigkeit den Vorzug gaben, über diese Frage sich in zwei Parteien theilten.

Wer die Billigkeit vorwalten ließ, mußte nun auch leicht noch weiter getrieben werden. Wie, wenn der civile Notherbe präterirt, der neben ihm stehende Prätorische aber instituirt ist? Darüber waren freilich alle Juristen einig, daß Letzterer jetzt aus der Person des Ersteren sein Recht auf die Succession ableiten mußte. Aber wie leitet er es ab? Die eine Partei, der Consequenz folgend, mußte sagen, ihm stehe die reine Intestatsuccession zu, welche die ganze Erbschaft ergriffen habe. Die andere aber mußte auf das persönliche Recht des Instituirten sehen. Wäre er nicht instituirt, sondern präterirt, so sollte er ja nur nach dem Recht der c. t. auf seinen Virilttheil succediren. Unmöglich konnten sie ihm also jetzt im Fall der Institution ein größeres Recht aus der Person des Präterirten ableiten lassen. So kommt jenes merkwürdige Resultat heraus, das ich schon oben hervorhob. Dem Präterirten

erkannte man sein Intestaterbrecht vollkommen zu, aber man nahm an, das majus enthalte auch das minus, und ein Prätorischer Notherbe könne aus dem majus für sich nur das minus d. h. die c. t. ableiten, da er doch aus eigener Person im Fall der Präterition nur höchstens auf dies Recht Anspruch habe. Während also die eine Partei ganz auf dem Standpunkte des Civilrechts stehen blieb, und danach die Intestatsuccession über die ganze Erbschaft herrschen ließ, so stellten sich die Gegner vielmehr auf den Standpunkt des Prätorischen Rechts, und ließen diese die ganze Erbschaft umfassen. Der civile Notherbe hat doch die nominelle c. t., und sein instituirter Bruder soll sich daraus nicht das darin enthaltene civile Element, welches für den präterirten allerdings anerkannt wird, sondern lediglich das Prätorische Schutzmittel ableiten dürfen. Die nominelle c. t. soll mithin in der Person des Instituirten nicht die Intestatsuccession, sondern die wahre c. t. erzeugen, wodurch denn die Aufrechthaltung der Legate bewirkt wird.

Nach dieser der Billigkeit folgenden Ansicht, die aber nie allgemein anerkannt worden, und von der wir nicht wissen, wie weit sie in die Römische Praxis übergegangen ist, gewinnt die nominelle c. t. noch eine ganz andere Bedeutung, als ihre ursprüngliche Gestalt mit sich führte. In der älteren Auffassung ist doch immer das Princip des Civilrechts noch vorherrschend festgehalten worden, indem, wenn der civile Notherbe sein Recht geltend macht, stets ausnahmslos die reine Intestaterbfolge eintritt. Nach der neueren Auffassung vieler Juristen aber erscheint die c. t. b. p. als vorherrschend, und das Recht des civilen Notherben für seine Quote nur als ein singuläres Privilegium, das über diese Quote hinaus keine Wirkungen äußert.

Aber es ist wohl zu bemerken, daß dies doch nur von den beiden bisher erwähnten Fällen gilt, wenn nämlich neben dem präterirten civilen Notherben ein präterirter oder instituirter Prätorischer stand. War Letzterer dagegen exheredirt, so gab es gar keine Anknüpfungspunkte, um die Succession unter die Grundsätze der c. t. b. p. zu stellen, und so finden wir denn auch gar keine Andeutung, daß irgend ein Römischer Jurist von dem älteren Principe abzugehen versucht hätte.

§. 96. Ich habe bisher nur die inneren Gründe entwickelt, welche die weitere Ausdehnung der ursprünglichen Bedeutung der nominellen c. t. veranlaßte. Wir haben jetzt die Quellenaussprüche selbst kennen zu lernen, in denen uns dies mitgetheilt wird. Die Nachlässigkeit der Compilatoren, welche die Spuren der Controverse nicht ganz zu tilgen verstanden, gewährt uns hier glücklicherweise noch die Möglichkeit, einzelne Römische Juristen zu erkennen, die theils bei der anfänglichen Gestalt der nominellen c. t. stehen blieben, theils davon abwichen.

α) Präterition des Prätorischen Notherben. Wir müssen hier das oben schon benutzte fr. 15. pr. de legat. praest. von Paulus nochmals, und zwar vollständig mittheilen.

> Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas b. p. peticrit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret; nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quam et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure. Unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam, quum, etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? verius est, quod dictum est.

Aus der Art, wie Paulus die rechtliche Beurtheilung dieses Falles einleitet (quidam existimant), sollte man glauben, er werde sich gegen die Ansicht dieser „quidam“ aussprechen. Aber gerade umgekehrt erklärt er sie für die richtigere. Es erscheint sonderbar, daß er vor der Aeußerung seines Einverständnisses, den Fall noch einmal eigens reassumirt, da er doch ohne die geringste Undeutlichkeit bloß sagen konnte: quod puto verius esse. Indeß ist dies nicht ohne Absicht geschehen. Mit den Worten: quid ergo est, ubi praeteritus sit suus, will er zugleich den Grund angeben, weßhalb die Meinung der quidam die richtigere sei. „Wie nun, es ist ja ein suus

präterirt (also bekanntlich das Testament nichtig), mithin kann auch keine c. t. b. p. für den noch außerdem präterirten emancipatus statt finden."

Paulus steht also auf der älteren Stufe der nominellen c. t., aber seine Worte beweisen durch ein unumstößliches argumentum a contrario, daß andere Juristen der entgegengesetzten Ansicht waren. — Knüpfen wir hieran gleich den Fall, über den gar kein Streit bei den Römern bestand:

β) Exheredation des Prätorischen Notherben. Hieher gehört fr. 32. de lib. et post. von Marcian [1]):

> Si filio emancipato, is qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus veniet.

Marcian könnte unmöglich so entschieden sprechen, wenn irgend eine Meinungsverschiedenheit vorgelegen hätte.

γ) Institution des Prätorischen Notherben. Paulus muß, wenn er nicht ganz inconsequent gewesen ist, hier nothwendig auch der älteren Ansicht treu geblieben sein [1a]). Denn sein Grund, daß der emancipatus keine Legate zu zahlen habe, weil dieser ja ganz vom Haussohn sein Recht ableite, und Letzterer ab intestato succedire, (quia effectu fratris aufert

---

1) S. auch fr. 1. §. 9. si tab. test. null. von Ulpian, der, wie wir gleich sehen werden, im Uebrigen den Standpunkt des Civilrechts verlassen hat. S. oben §. 73.

1a) Zweifel gegen die Consequenz des Paulus erregt freilich jenes fr. 4. §. 3. de b. p. c. t. (s. §. 76.), worin der interimistische Schutz des institutus vor Geburt des präterirten postumus aus der später zu agnoscirenden c. t. b. p. gerechtfertigt wird. Aber dies beweist doch nicht genug. Freilich nennt er hier das Recht des emancipatus institutus eine c. t. b. p., aber er kann sie auch nur in dem Sinne so genannt haben, wie man sie auch den civilen Notherben selbst zuspricht. Die Frage, nach welchem Rechte der emancipatus succedire, ob er die Legate zahlen müsse (d. h. ob es eine wahre c. t. sei) oder nicht (d. h. ob es nur dem Namen nach eine c. t. wäre), interessirte ihn hier nicht; er brauchte sich also auch nicht genauer auszudrücken. Auch wenn Paulus ganz bei dem im §. 95. unter № a. entwickelten Rechte festhielt, so ist er doch um dieser Ausdrucksweise willen nicht gerade zu tadeln.

partem dimidiam, quum etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset) paßt vollkommen auch hier.

Ulpian aber trägt die entgegengesetzte Ansicht vor:

> **Fr. 16. de legat. praest. — Si duo proponantur, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus, apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est. Et si ambo petiissent c. t. b. p., is quidem qui in potestate mansit, quum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata; emancipatus vero numquid nec ipse praestat, quia ei rem auferret, qui praestiturus non erat, si solus esset? Sed verius est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata.**

Ulpian fragt zuerst, ob wohl die Ansicht der Gegner richtig sei, und es ist wohl zu bemerken, daß er dafür, sogar in den Worten fast ganz übereinstimmend, durchaus den von Paulus angeführten Grund vorbringt (**quia ei rem auferret, qui praestiturus non erat, si solus esset**). Er hält aber diesen Grund nicht für genügend, und daraus geht hervor, daß Ulpian auch in dem obigen Falle, wenn der **emancipatus** präterirt war, ohne die größte Inconsequenz, mit Paulus nicht übereingestimmt haben kann. Er läugnet den Grund des Paulus nicht, und er kann auch nicht läugnen, daß darin die juristische Consequenz liegt, aber er hält es doch für „**verius**", daß wenigstens an die **parentes et liberi** die Legate ausgezahlt würden. Offenbar muß er dasselbe also auch im Fall der Präterition des Prätorischen Notherben angenommen haben.

Einen besonderen Grund für diese seine Ansicht giebt er gar nicht an, aber er ist in der Antwort selbst enthalten. Indem er sagt, es seien an die **conjunctae personae** die Legate zu zahlen, so liegt darin ein Doppeltes: der Instituirte soll nach dem Rechte der **c. t.** succediren, und zwar aus billiger Rücksicht gegen die **parentes et liberi**, denen dadurch ihre Legate bewahrt werden.

Ulpian entscheidet sich aber, wegen der entgegenstehenden Ansicht Anderer, doch nur zweifelnd; er hält es für „richtiger" (**verius est**), daß der Instituirte aus der Person des Präter-

irten nicht dessen Civilrecht, sondern lediglich die abgeleitete c. t. erhalten soll. Es fällt nun aber auf, daß, was er hier im zweifelnden Tone sagt, er im Anfange der Stelle schon als etwas Unzweifelhaftes hingestellt hat: **apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est.** Das ist ja eben der Streitgegenstand, ob der Präterirte dem Instituirten sein Civilrecht, oder die b. p. **commisso per alium edicto** mittheile, wie kann nun Ulpian dies Letztere mit **apparet** als ganz ausgemacht darstellen, während er es nachher nur als das „Richtigere“ behandelt?

Indeß ist dieser scheinbare Widerspruch leicht zu lösen. Der practisch wichtigste Punkt, um den sich der Streit drehte, war ja nur der, ob die Legate zu zahlen seien, oder nicht. Dagegen gaben beide Parteien zu, daß jedenfalls der Instituirte durch den Präterirten zur Succession gelange; und weiter will Ulpian mit jenen Worten **apparet etc.** nichts sagen. Er kleidet es nur gleich in die Auffassung, die er für die richtige hält. Das übertragene Recht stellt er gleich als **b. p. commisso per alium edicto** dar, um so von selbst auf das Resultat zu führen, daß die Legate zu bezahlen seien. — Paulus würde bei seiner entgegengesetzten Ansicht diese Ausdrucksweise wohl nicht gebraucht, er würde etwa gesagt haben: **apparet auferre eum posse partem dimidiam**, oder wenn er es gesagt hätte (was sich nach dem in Note 1a Gesagten als möglich zugeben läßt), so wäre es in ganz uneigentlichem Sinne genommen, denn eine wahre **c. t. b. p. commisso per alium edicto** ist es doch eben nicht, wenn man von einem Intestaterben sein Recht ableitet, und selbst auch keine Legate zu zahlen verpflichtet sein soll. —

Die Meinungsverschiedenheit zwischen Paulus und Ulpian mußte aber, außer der Frage über die Legatenzahlung, sich doch auch noch auf einen anderen Punkt erstrecken. Wenn man mit Paulus sich das Ganze als Intestatsuccession denkt, so muß man für den concurrirenden Prätorischen Notherben rücksichtlich der Art, wie er sein Recht erwirbt, unterscheiden, ob es ein Accrescenzerbe oder ein Emancipirter ist. Ersterem muß man die Möglichkeit zugestehen, seinen Theil an der Intestatsuccession auch lediglich nach Civilrecht zu erwerben; wo-

gegen allerdings der Letztere nur durch Agnition der b. p. zur Succession gelangt, die, wenn sie auch nominell als c. t. erbeten ist, doch den Charakter der unde liberi hat. Für Beide aber muß man die Möglichkeit läugnen, daß eine in Bezug auf die testamentarische Einsetzung vorgenommene her. aditio irgend eine Bedeutung haben könne.

Ulpian dagegen mußte auch hier wieder anderer Ansicht sein; und demgemäß fährt er in der angeführten Stelle folgendermaßen fort:

> **Proinde si contra tabulas non accepit, dicendum est, tuendum eum in partem,** (Ulpian setzt natürlich voraus, daß er nun doch nicht überhaupt verzichtet), **et utique liberis parentibusque legata praestiturum. Sed an et omnibus? dubito, tamen quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet.**

Es ist kein Grund anzunehmen, daß Ulpian die unbeschränkte Legatenzahlung weiter ausgedehnt wissen wollte, als für den Fall, zu dem er eben in diesem Satze übergeht. Auf das Frühere also können wir es nicht als eine Vervollständigung zurückbeziehen. Ulpian meint, wenn der Instituirte die c. t. agnoscirt, so soll er nur an die conjunctae personae zahlen [2]). Dagegen wenn er die Agnition unterläßt, und als scriptus heres antritt [3]), so sei, wenn gleich es ihm als zweifelhaft erscheint, es doch das Natürlichste, daß er alle Lega-

2) In einer anderen Stelle sagt Ulpian dies vom instituirten impubes (und dessen Substituten) ausdrücklich. fr. 5. pr. de legat. praest. Ebenso hat auch die instituirte conjuncta persona, welche die her. ad. unterläßt, und sich mit der Denunciation des b. possessor begnügt, nur an die conjunctae personae nach Ulpians Ausspruch die Legate zu zahlen. s. §. 84. Note 12. — Dies kann ja doch nur analog aus dem abgeleitet sein, was Ulpian für den instituirten Notherben annahm.

3) Diese Antretung ist freilich nur etwas der her. aditio Analoges, denn von einer wahren civilrechtlichen Erbantretung kann doch wahrlich bei einem civilrechtlich ungültigen Testamente nicht die Rede sein. — Man kann übrigens dies nicht zur Unterstützung des im §. 92. Note 7. Widerlegten benutzen, wie ich wohl nicht weiter auszuführen brauche.

tare in Gemäßheit seines Erbtheils befriedige. Er succedirt ja doch durchaus in Folge der **voluntas testatoris.**

In der That, wenn wir einmal die Grundvoraussetzung des Ulpian zugeben, daß der Instituirte, trotz der Richtigkeit des Testaments nicht an der Intestatsuccession Theil nehmen soll, so ist diese Fortführung seiner Ansicht ganz consequent. Und in dieser Hinsicht, aber freilich nur in dieser, steht Ulpian auf gleicher Seite mit African, und wiederum dem Paulus gegenüber (s. §. 85. Note 4.), während im Uebrigen der dort von African und der hier von Ulpian besprochene Fall außerordentlich weit dadurch von einander entfernt stehen, daß jener ein gültiges, dieser aber ein ungültiges Testament voraussetzt. Weßhalb wir denn auch keineswegs hieraus eine Antwort entnehmen dürfen, ob African Ulpians Ansicht gebilligt haben würde. Alle drei Juristen stehen auf ganz verschiedenen Standpunkten, dort bei jener Frage African auf dem der strengen Consequenz, Paulus auf einer den instituirten Erben berücksichtigenden Billigkeit. Hier dagegen bei unserer Frage haftet Paulus umgekehrt am consequenten Recht, während Ulpians Ansicht auf nichts als einer die Legatare begünstigenden Billigkeit ruht, aber nun auch auf dem einmal angenommenen Standpunkte alle daraus sich ergebenden Folgerungen (und zwar mit Recht) anerkennt [4]).

IX. Bedingende und vernichtende Beweise bei der c. t. b. p.

§. 97. Ich habe bei jeder Klasse der b. p. stets auch die beiden Fragen untersucht, welche Bedingungen der Prätor für die Ertheilung der einzelnen **bonorum possessiones** aufstellt, und welche Voraussetzungen er an und für sich bei der Agni-

4) Hiernach kann ich der Darstellung nicht beitreten, welche Francke S. 153. und Mühlenbruch Commentar Bd. 37. S. 37. von dieser Controverse geben. Justinians Compilatoren haben hier freilich nicht sehr lobenswerth gearbeitet, daß sie so viele Spuren von verschiedenen Ansichten Römischer Juristen haben stehen lassen. Aber für uns ist dies von keinem Interesse, weil die ganze c. t. b. p. unpraktisch ist, worauf wir noch im vierten Buche zurückkommen werden.

tion ununtersucht läßt, so daß nur, wenn ihm bereits das Nichtvorhandensein dieser Voraussetzungen bekannt war, eine Denegation der b. p. eintrat, im Uebrigen aber die Vorbringung dahin zielender Behauptungen den interessirten Personen überlassen wurde.

Wir können nicht zweifeln, daß diese beiden Punkte auch bei der c. t. b. p. zu unterscheiden sein werden, und so haben wir denn mit der darauf bezüglichen Untersuchung diese Lehre zu schließen. Ich erinnere dabei an das Gemeinsame, was ich namentlich bei der sec. tabulas b. p. im ersten Bande rücksichtlich unserer Frage bereits gesagt habe.

Jede Klasse der b. p. enthält eine größere oder geringere Anzahl von Regeln, denen genügt sein muß, wenn eine gültige b. p. vorhanden sein soll. Wir können sie insgesammt die Voraussetzungen dieser Klasse nennen. Die Römer gebrauchen dafür regelmäßig die Terminologie, daß beim Nichtvorhandensein derselben „b. p. peti non potest". Nun aber ist es bei dem ganzen Wesen und Zweck der b. p. etwas schlechterdings Undenkbares, daß der Prätor nur dann eine b. p. aus der fraglichen Klasse ertheilt hätte, wenn der Nachsuchende ihm das Vorhandensein aller dieser Voraussetzungen darthat. Ebenso undenkbar aber ist auch das Umgekehrte, daß der Prätor jedem, der vor ihm erschien, die verlangte b. p. stets ohne Weiteres hätte geben können, alle Fragen, ob der Bittende auch dazu berechtigt war, auf spätere etwaige Processe vor den judices verschiebend. Das ganze System der b. p. setzt ein selbstthätiges Eingreifen des Prätors zur Regulirung der Erbschaftsangelegenheit voraus, und damit wäre ein Verfahren, wonach Hunderte von Unberechtigten die b. p. hätten erhalten und also die Sache verweitläuftigen können, unvereinbar.

Somit war es ganz nothwendig, die bei jeder Klasse bestehenden Voraussetzungen in Beziehung auf die Art ihrer Constatirung nicht allesammt einander gleichzustellen. Das Meiste allerdings blieb bei der Agnition ununtersucht, (vernichtende Beweise) und bewirkte nur, wenn es schon bekannt war, die Denegation, wonicht, so machte das spätere Bekanntwerden die b. p. zur non data. Einzelnes aber, und zwar stets einige besonders wichtige Punkte, ließ sich der Prätor vor der

Ertheilung constatiren (bedingende Beweise). Bei manchen Klassen konnten nur diese beiden Punkte vorkommen, dagegen haben wir bei der sec. tab. b. p. noch eine Mittelstufe kennen lernen; es gab dabei manche Fragen, die freilich keinen Beweis von Seiten des Nachsuchenden enthalten, aber doch vor der Ertheilung der b. p. durch directe Untersuchung des Prätors festgestellt wurden, ich habe sie im engeren Sinne die Bedingungen der Agnition genannt.

Alle drei Abstufungen der im prätorischen Recht vorhandenen Voraussetzungen finden wir auch hier bei der c. t. b. p. wieder. Ich muß aber nochmals die beiden Umstände hervorheben, welche unsere Untersuchung in dieser Frage so schwierig machen. Es ist die Allgemeinheit der Römischen Terminologie, wonach alle Fälle, mögen sie dem einen oder dem anderen Gebiete angehören, meist ohne Unterschied mit den Worten: b. p. peti non potest dargestellt werden. Ferner aber die freie Stellung des Prätors bei der Handhabung der b. p., wonach für sehr viele Fälle gar keine festen Regeln bestanden haben können. Dennoch glaube ich, daß man wenigstens im großen Ganzen auch bei der c. t. b. p. zu ziemlicher Sicherheit über die angegebenen drei Klassen gelangen kann.

Nach der obigen Darstellung des ganzen Instituts der c. t. sieht man leicht, daß der Voraussetzungen ihrer Gültigkeit eine außerordentliche Menge ist, und daß also jedenfalls das Meiste davon in das Gebiet der vernichtenden Beweise gehört haben muß. Dies wird noch durch die besondere Natur gerade dieser Klasse bestätigt. Das Wesen der übrigen b. possessiones ist, daß rasch ein Repräsentant des heres da sei, welcher einstweilen die Erbschaft regulirte. Weil hier ein Abfordern von Seiten des heres möglich ist, so muß doch darauf gesehen werden, daß nicht ein ganz unberechtigter Fremder das Verfügungsrecht über die hereditas erhält; da aber die Constituirung jenes Repräsentanten rasch geschehen soll, so kann der Prätor die Legitimationsfrage des die b. p. Nachsuchenden nicht auf spätere Processe vor judices verschieben, er muß die Constatirung wenigstens einer begründeten Wahrscheinlichkeit selbst übernehmen, d. h. er muß aus den sämmtlichen Voraussetzungen einer Klasse doch mancherlei Punkte hervorheben

und als bedingende Beweise hinstellen. — Bei der c. t. b. p. kommen dagegen ganz andere Gesichtspunkte in Betracht. Sie ist ausnahmsweise eine b. p. die stets cum re sein soll; während die übrigen bonorum possessiones ihrem juristischen Wesen nach nur interimistische Universalsuccessionen genannt werden können, so ist dies eine definitive. Sie steht also dem Begriff der hereditas in ganz anderer Weise gleich, als die anderen Klassen. Freilich berechtigt uns das noch keineswegs, zu folgern, der Prätor habe nun auch gleich den c. t. b. possessor formell dem heres gleichgestellt, also ihm die hereditatis petitio (possessoria) gegeben. Die Quellen führen uns darauf in keiner Weise, und die Rechtsmittel, welche der Prätor für die b. p. erweislich constituirt hat, waren so gut und vollständig eingerichtet, daß von einem practischen Bedürfniß gar nicht die Rede sein kann.

Wohl aber läßt sich nicht läugnen, daß der c. t. b. possessor dem materiellen Effecte nach ganz so gut steht, wie ein heres. Wenn der b. possessor, nach Erbittung der b. p., die besitzlosen Güter selbst ergriffen hat, so wird dem scriptus heres die her. pet. gegen ihn denegirt (§. 68. Note 3.), wenn umgekehrt Letzterer oder ein Anderer besitzt, so fordert der b. possessor mit dem Int. quor. bon. und den fictitiae actiones (possessoriae actiones. §. 80. Note 17.), die ganze hereditas so vollständig und definitiv ein, wie es der scriptus heres gethan haben würde, wenn er nicht durch die c. t. removirt wäre (§. 82. Note 6.). Hieraus könnte man zu schließen geneigt sein, daß gerade, weil das Vermögen dazu bestimmt ist, dauernd beim bonorum possessor zu bleiben, der Prätor sich um so mehr das vollständige Recht des Nachsuchenden schon vor Ertheilung der c. t. beweisen lassen mußte. Es folgt aber vielmehr das Umgekehrte. Da sich doch alle Voraussetzungen der c. t. ohne die Behauptungen eines bestimmten Gegners gar nicht darthun lassen können, so kommt es nun auch auf einige Punkte mehr, welche der Prätor ununtersucht läßt, nicht an. Alles ist doch hauptsächlich davon abhängig, ob der scriptus heres die Gültigkeit der c. t. dem b. possessor bestreitet und erst in dem zwischen Beiden statt findenden Erbschaftsproceß können sämmtliche Fragen vollständig erledigt werden. Auch

wenn der b. possessor klagend auftritt, so haben seine possessoriae actiones doch eine ganz andere practische Bedeutung, als bei den übrigen b. possessiones. Es handelt sich um definitive Feststellung des Rechts an der Erbschaft, und so bildet die c. t. die erste Ausnahme, an die sich allerdings mit der Zeit die völlige Umwälzung des Begriffs der b. p., und der daraus hervorgehenden Rechtsmittel knüpfen konnte.

Da mithin hier, ganz anders wie bei den übrigen bonorum possessiones, erst ein zukünftiger Erbschaftsproceß die wahre Entscheidung geben kann, so brauchte der Prätor sich um so weniger schon bei Ertheilung der b. p. auf eine Untersuchung der einzelnen Punkte, in denen b. p. peti non potest, einzulassen; er konnte sich mehr noch als sonst mit einer einstweiligen bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen, und gewiß hat er hierin seine Thätigkeit auch gar nicht in allen Fällen dieselbe sein lassen. Stand eine her. pet. des heres schon entschieden bevor, so brauchte er viel weniger zu untersuchen, als wenn voraussichtlich der heres sich auf gar keinen Proceß einlassen wollte. Denn in letzterem Fall war es bei weitem nöthiger, daß die Zulassung eines ganz Unberechtigten zur b. p. von vorn herein verhindert werde.

§. 98. Gehen wir jetzt genauer auf das Einzelne ein. Die Menge der bei der c. t. in Betracht kommenden Voraussetzungen lassen sich unter drei Gesichtspunkte vertheilen. Sie setzt erstlich voraus, daß ein gültiges Testament vorhanden sei, ferner, daß dies Testament dem Nachsuchenden zur eigenen oder abgeleiteten b. p. Veranlassung gebe, endlich, daß in der Person des Bittenden das vom Prätor vorgeschriebene Verwandtschaftsverhältniß vorhanden sei.

1. Beweise in Bezug auf die Gültigkeit des Testaments. Wir haben oben gesehen, daß wenn zu der Zeit, wo regelmäßig die Delation an den Instituirten statt findet, das Testament bereits ungültig ist, keine c. t. wie die Römer sagen „geboren“ wird, indem gleich die Intestatsuccession eintritt [1]).

1) Fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. — si in primo gradu scripti non sint in rebus humanis mortis tempore testatoris, dicendum est,

Sollen wir nun also sagen, der Nachsuchende hätte beweisen müssen, daß das Testament ein vollkommen gültiges sei? Unmöglich, denn dagegen spricht ganz dasselbe, was auch bei der sec. tab. den Prätor verhindern mußte, eine derartige Vorschrift aufzustellen. Hier kommt noch ein besonderer Umstand hinzu. Der Nachsuchende bekommt ja, wenn das Testament ungültig ist, in der Regel ein noch volleres Recht, indem die reine Intestatsuccession eintritt. Wie kann man ihn also zur Erlangung des geringeren Rechtes zu einer solchen unerbringlichen Masse von Beweisen verpflichten? Aber der Prätor thut doch auch nicht gern etwas Unnützes, wodurch anderen Personen, namentlich den **conjunctae personae**, ganz vergebliche Hoffnungen erregt werden. Also ohne *alle* Grundlage kann er die c. t. nicht wohl ertheilt haben. Es wäre ja möglich, daß gar kein Testament vorhanden wäre, und so ganz in der Luft kann doch die „**contra lignum**" gegebene b. p. nicht geschwebt haben. Die in Note 1. citirten Stellen scheinen mir hier völlig genügende Auskunft zu geben. Sie sagen, es sei zum **petere** der c. t. nöthig, **exstitisse tabulas ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti possit.** (§. 95. Note 2.). Also jedenfalls müssen doch dieselben bedingenden Beweise geliefert worden sein, welche zur Erbittung der **sec. tab.** nöthig waren. Man mußte das Testament vorweisen, und um dies möglich zu machen, hatte man das **Int. de tabulis exhibendis**, oder man mußte sonst darthun, daß ein zur **sec. tab.** geeignetes Testament **mortis tempore** vorhanden war. Aber diese Möglichkeit der **sec. tabulas** setzt hier doch sehr natürlich noch einen Punkt mehr voraus, als die, welche wir im ersten Bande haben kennen lernen. Wenn der Instituirte selbst **sec. tabulas** erbittet, so zeigt eben sein Erscheinen, daß er existirt. Bei der c. t. aber ist es eine andere Person, welche sich auf die Möglichkeit der **sec. tab.** beruft, also muß er doch, wo es zweifelhaft ist, nachweisen, daß der Instituirte existirt.

---

c. t. b. p. praeteritum petere non posse. Fr. 19. in fin. eod. — peti contra tabulas inane est, quae sine effectu foret.

Dies also scheint mir noch neben den bedingenden Beweisen der **sec. tab.** hervorgehoben werden zu müssen, und daraus erklärt sich mir, daß gerade dieser Punkt in den Quellen, wie wir gesehen haben (namentlich bei der Frage über die Prästirung der Legate, z. B. **fr. 10. §. 2. de legat. praest.**), so ganz besonders gegen andere Vernichtungsgründe des Testaments hervorgehoben wird. Er lag den Juristen bei ihren Untersuchungen am nächsten.

Alle übrigen Punkte dagegen, durch die das Testament schon **mortis tempore** als nichtig erscheint, gehören jedenfalls, ebenso wie bei der **sec. tab.**, ins Gebiet der vernichtenden Beweise. Also Präterition eines civilen Notherben (soweit diese überhaupt nach unserer obigen Darstellung Hinderniß der **c. t.** war) Mangel der **testamentifactio**, u. s. w. — Doch ist auch hier wieder ein Unterschied von der **sec. tab.**, der sich aber ganz von selbst ergiebt, nicht außer Acht zu lassen. Darin freilich stehen sich beide Klassen gleich, daß *wenn ein solcher* Grund schon bekannt ist, der Prätor die **b. p.** denegirt, *denn* es wäre ja „**inane**" sie zu ertheilen. Dagegen wenn nach ertheilter **b. p.**, sei es bei Gelegenheit einer **her. pet.** oder auch ohne Anstellung eines Processes, ein Interessirter dem Prätor das Vorhandensein der **mortis tempore** schon vorhandenen Nichtigkeit nachwies, so ward allerdings die **sec. tab.** dadurch stets zur **non data**. Dagegen bei der **c. t.** tritt dies lediglich *dann ein*, wenn der **b. possessor** nur aus der erbetenen **c. t.** ein Recht auf die Succession hat, und also mit deren Hinwegfallen ein Anderer der auf die Erbschaft Berechtigte wird (s. z. B. §. 92. im Anfange). Sobald indeß der **c. t. b. possessor** selbst der ist, an welchen mit Remotion der **c. t.** in der zunächstberufenen Klasse (**unde liberi**) das Vermögen fällt, so braucht er nicht nochmals formell die **b. p.** zu erneuern, also das Bekanntwerden des Vernichtungsgrundes hat nur die Bedeutung, daß er nun die Zahlung der Legate verweigern kann. Die Beweise hiefür scheinen mir genügend in den vorausgehenden Entwicklungen zu liegen.

2. Beweise in Beziehung auf die Berücksichtigung im Testamente. — Ebenso wie bei der **sec. tab. b. p.** es *gar* nicht anders denkbar ist, als daß der Prätor in dem ihm vor-

gebrachten Testamente nachgesehen haben muß, ob der Nachsuchende instituirt sei [2]), so ist es ganz ebenso auch hier. Es liegt so nahe, daß der Prätor gleich aus dem Inhalte des Testaments sich vergewisserte, ob der Notherbe präterirt sei, oder etwa aus der Person eines Anderen die abgeleitete c. t. habe. Denn wozu noch, wenn eine von diesen beiden leicht zu constatirenden Voraussetzungen fehlte, ihm eine c. t. b. p. geben, da er doch als Instituirter zur sec. tab. berechtigt, und als Exheredirter ganz ausgeschlossen war? Die Quellen drücken sich auch gerade in dieser Weise aus:

> **Fr. 3. §. 11. de b. p. c. t. — Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? Plane si alius committat edictum, et ipse ad c. t. b. p. admittetur.**

Ulpian könnte gar nicht so sprechen, wenn ohne weitere Inspection des Testamentes die c. t. verliehen würde. Er stellt sich ganz auf den Standpunkt des Prätors, und sagt, es würde ja thörigt sein, die c. t. zu geben, da wo die sec. tab. deferirt ist. Darin liegt aber doch, daß dem Prätor dies Letztere, also die Institution, bekannt sein muß, wenn er die c. t. verweigern will. Er muß also auch das Testament eingesehen haben [3]). — Und was versteht sich denn in der That mehr von selbst? Der Prätor will durch die b. p. selbstthätig die Erbschaften reguliren, und dabei ist doch immer die erste Frage, ob ein Testament vorhanden ist, oder nicht; und für die beiden b. possessiones ex testamento (contra und secundum tabulas) ist die Kenntnißnahme vom Inhalte des-

---

2) Wo das Testament nicht vorgebracht werden konnte, mußte man denn auch nicht bloß dessen Existenz, sondern dessen Inhalt darthun.

3) Dasselbe folgt aus fr. 8. §. 1. eod. — Aliqua parte tabularum exheredem scribi non sufficit, sed eo gradu, contra quem petitur b. p. Unde si a primo gradu exheredatus sit filius, a secundo praeteritus, et primo gradu scripti non petierint bonorum possessionem, poterit contra tabulas accipere b. p.

selben ganz gleichmäßig nothwendig. Da war es denn doch das Einfachste, daß der Prätor sich bei beiden es vorweisen ließ, und daraus sogleich mit eigenen Augen ersah, welche von beiden b. possessiones zuzulassen, oder ob sie vielleicht beide unzulässig seien.

So muß es denn auch mit den übrigen Punkten gehalten worden sein, bei denen das Recht des Notherben lediglich aus dem Inhalte des Testaments beurtheilt werden kann. Die Ausdrucksweise der Römischen Juristen zeigt dies auch bei den einzelnen Fragen sehr deutlich. So z. B. wenn der Notherbe unter einer Bedingung eingesetzt ist:

> Fr. 3. §. 12. de b. p. c. t. — Sed si sub conditione scriptus, b. p. c. t. accipere non potest.

Aber ein besonderer Beweis des Instituirten konnte ihm dennoch dazu verhelfen; sobald er nämlich darthat, daß die Bedingung schon weggefallen sei:

> Quid ergo, si defecerit conditio? Verum est, eum contra tabulas bonorum possessionem accipere.

Ein anderes, nur aus dem Testament zu ersehendes Hinderniß der c. t. war, wenn freilich nicht der Notherbe, wohl aber sein servus instituirt war. Der Prätor muß jenen doch gleich befragt haben, ob er Letzterem befohlen habe die cretio vorzunehmen, und dann denegirte er gleich die b. p.

> Fr. 3. §. 15. eod. — Si quis ex liberis non sit scriptus heres, sed servus ejus scriptus sit; eumque jusserit adire hereditatem, denegari ei debet bonorum possessio contra tabulas [4]).

Und ebenso wird regelmäßig der Prätor, wenn er im Testamente fand, daß dem Notherben ein Legat hinterlassen sei, ihn gefragt haben, ob er dies haben wolle, oder etwa schon angenommen habe. Und danach richtete sich die Ertheilung oder Denegation der c. t.

---

4) Einem in adoptionem datus wurde überhaupt in diesem Falle die b. p. denegirt. fr. 8. §. 11. eod. — Sed si ipse scriptus non sit, sed alius qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad b. p. contra tabulas admittamus.

Fr. 3. §. 16. eod. Idemque est, et si legatum relictum sibi vel servo suo elegerit; nam et hic dicimus, bonorum possessionem c. t. debere denegari [5]).

Ein besonderes Decretum mußte, wie wir oben gesehen haben, dann interponirt werden, wenn ein noch nicht geborener **postumus** präterirt war, und daneben ein instituirtes Kind sich befand (**fr. 4. §. 3. fr. 5. eod.** — s. oben §. 76.).

Aus Allem diesem folgt, daß die unter unseren zweiten Gesichtspunkt fallenden Fragen freilich keine bedingenden Beweise genannt werden können, aber doch vom Prätor in den meisten Fällen als wahre Bedingungen der Agnition behandelt sein müssen. Er durfte freilich, wenn es ihm passend schien, auch ausnahmsweise davon abgehen, aber ich glaube kaum, daß, da alle diese Punkte so leicht und einfach von ihm constatirt werden konnten, dies oft geschehen sein werde. Jedenfalls machte, wenn es geschah, das spätere Bekanntwerden des Nichtvorhandenseins einer einstweilen präsumirten Voraussetzung die **b. p.** zur **non data**, ebenso wie wenn sie unter einer Voraussetzung ertheilt wurde, deren gleich anfängliche Constatirung überhaupt nicht möglich war [6]).

3. Beweise in Beziehung auf das Verwandtschaftsrecht. — Dieses dritte Erforderniß der **c. t. b. p.** zerlegt sich in eine solche Menge von Fragen, daß es ganz undenkbar ist, der Prätor habe sich immer genau das Verwandtschaftsverhältniß, und das Nichtvorhandensein der daraus etwa abzuleitenden Hindernisse beweisen lassen. Aber er muß doch, wenn Jemand vor ihm erschien, den er nicht kannte, und von dessen Verhältnis-

---

5) **Fr. 10. §. 3. eod.** (si quis legatum sive portionem sibi datam agnoverit, a c. t. b. p. repellendus est.) kann dasselbe heißen; aber es liegt darin auch jedenfalls, daß wenn dennoch die **c. t.** ertheilt worden ist, und nun die Annahme des Legats zu Tage kommt, die **b. p.** als **non data** erscheint. S. z. B. auch **fr. 15. eod.**

6) **Fr. 11. pr. eod.** — Si in adoptionem datus sub conditione scriptus sit heres a naturali patre, alio committente contra tabulas edictum et ipse veniet. Sed si defecerit conditio, repellitur ab ea possessione.

sen er nichts wußte, wenigstens eine Legitimation verlangt haben, daß er ein Kind des Verstorbenen sei.

Fr. 8. §. 12. de b. p. c. t. — Ut autem admittantur ad bonorum possessionem, ex liberis eos esse oportet.

Dagegen alle die weiteren Fragen, ob er auch in seiner stirps der Nächste, ob er nicht etwa untergeschoben sei ꝛc., konnte man sämmtlich der Vorbringung von Seiten anderer interessirter Personen überlassen, d. h. sie in das Gebiet der vernichtenden Beweise stellen.

Drittes Kapitel.

Die historischen Veranlassungsgründe und Folgen der c. t. b. p.

§. 99. Nach Darstellung der c. t. b. p. habe ich in diesem Kapitel zwei Institute zusammenzustellen, die mit derselben jedenfalls im directen historischen Zusammenhange stehen. Nur ist es nicht sicher, ob sie die Veranlassung zur Einführung der c. t. hergaben, oder umgekehrt durch diese hervorgerufen wurden. Ich meine das Notherbenrecht der postumi sui, wie es namentlich durch die lex Velleja regulirt worden war, und das Erbrecht der emancipati ab intestato, also die b. p. unde liberi.

Daß Ersteres mit der c. t. b. p. in genauem Zusammenhange steht, habe ich im vorigen Kapitel (§. 70.) bereits ausgeführt, wir haben aber noch genauer, als dort geschehen konnte, das zwischen beiden bestehende historische Verhältniß zu prüfen, um dadurch auch die näheren Anhaltspunkte für die Einführungszeit der c. t. b. p. zu gewinnen. Wir werden sehen, daß es das Wahrscheinlichere ist, das Recht der postumi als Veranlassungsgrund der c. t. anzunehmen. Dagegen dem zweiten Institute, der b. p. unde liberi, welche auch vielfach als Veranlassungsgrund der c. t. b. p. aufgefaßt worden ist, werden wir wohl unbedenklich die Stelle einer aus ihr hervorgegangenen Folge einräumen dürfen.

I. Das Recht der postumi sui.

§. 100. Schon am Ende des §. 77. bemerkte ich, daß es allerdings denkbar ist, das Recht der postumi sei erst nach Einführung der c. t. b. p. umgestaltet worden. Dafür ließe sich folgender nicht unscheinbare Grund anführen. Das Prätorische Notherbenrecht stimmt mit dem der postumi darin überein, daß die Personen männlichen Geschlechts nominatim, die weiblichen dagegen inter ceteros zu exherediren sind. Dies kann kein bloß zufälliges Zusammentreffen sein. Nun aber ist die angegebene Regel im Prätorischen Rechte eine vollkommen feststehende, als Civilrecht für die postumi dagegen wird sie, wie wir sehen werden, nur schwankend und als etwas nicht ganz Sicheres von den Römern vorgetragen. So scheint also das Natürlichste, die Einführung dieser Regel dem Prätor zuzuschreiben, und jene Ungewißheit des Civilrechts sich daraus zu erklären, daß es eben nur etwas aus dem Prätorischen Rechte Uebertragenes sei, welches nicht zu vollkommener Festigkeit habe gelangen können.

Nichts desto weniger scheint mir die umgekehrte Annahme, daß der Prätor bei der für die Accrescenzerben aufgestellten c. t. dem schon bestehenden Rechte der postumi sui sich angeschlossen habe, die wahrscheinlichere. Ich habe es oben weitläuftiger entwickelt, daß die ganze Idee der c. t., Gleichstellung der Accrescenzerben mit den übrigen sui, erst aufkommen konnte, nachdem die postumi sui nicht mehr incertae personae waren. Hiezu kommt noch Folgendes. Der Prätor ruft zur (nominellen oder wahren) c. t. sämmtliche sui, und darunter auch die postumi, und wir haben gar keine Andeutung, daß diese Berufung der postumi erst ein späterer Zusatz wäre. Der Prätor setzt aber doch die Möglichkeit der Institution und Exheredation bei den postumi voraus, also muß dies schon vorher durch das Civilrecht festgestellt worden sein. Und auch, daß der Prätor jene Vorschrift des nominatim Exheredirens für das männliche Geschlecht zuerst ausgedacht hätte, scheint mir etwas sehr Unwahrscheinliches, da wir im Uebrigen gesehen haben, daß er grade in den Berücksichtigungsvorschriften so ganz an die Regeln des Civilrechts sich anlehnte.

Diese Auffassung, wonach die Einführung der c. t. sich nur als letzter Punkt sehr natürlich an die schon voraufgehenden Veränderungen im Notherbenrecht der sui anschließt, bedarf aber noch stärkerer Stützen, als ihr bisher gegeben werden konnten. Wenn man ihr auch die innere Wahrscheinlichkeit, wie ich glaube, nicht wird absprechen können, so meint doch vielleicht Mancher, daß sie vor den positiven uns in den Quellen erhaltenen Notizen, die mit ihr nicht vereinbar seien, zurückweichen müsse. Ich habe jetzt zu zeigen, daß dies durchaus nicht der Fall ist; und daß auch namentlich jene Vorschrift des namentlichen Exheredirens sämmtlicher männlichen postumi im Civilrecht schwankend bleiben konnte, während sie im Prätorischen Rechte, dadurch, daß der Prätor sie auf die c. t. b. p. übertrug, als eine Vorschrift des Edictes natürlich für Accrescenzerben und Emancipirte allem Zweifel enthoben wurde.

Von dem Satze, daß postumi incertae personae seien [1]), ging man für die postumi sui zuerst bekanntlich in dem Falle ab, wenn ein Descendent ersten Grades nach dem Tode des Testators geboren würde [2]). Hieran schlossen sich dann die Formeln des Aquilius und die lex Junia Velleja an [3]). Diese letztere hatte die Tendenz bei allen viventibus nobis agnascirenden postumi, wenn sie instituirt oder exheredirt seien, die Ruption des Testamentes zu verhüten, eine Tendenz, die auch die Römischen Juristen vollkommen erkannten, so daß ein Fall, den die lex Velleja wahrscheinlich bloß vergessen hatte, von Salvius Julianus, ganz ihrem Principe gemäß beurtheilt wurde [4]).

Aber es ist wohl zu bemerken, daß die lex Velleja doch überhaupt nur von den durch eheliche Erzeugung entstan-

1) Gai. II. 242.

2) Ulp. XXII. 19. »ex jure civili«. d. h. wohl durch Gewohnheitsrecht.

3) Fr. 29. de lib. et post.

4) Fr. 29. §. 15. de lib. et post. Dasselbe gilt von dem in fr. 28. §. 1. eod. von Tryphonin behandelten Falle.

denen postumi sprach. Und so bleibt denn noch immer die Frage übrig, ob für die durch einen juristischen Act (z. B. Adoption, Arrogation, Legitimation) nach der Testamentserrichtung in die Gewalt Getretenen [5]) auch nach der lex Velleja die alte Regel bestehen blieb, daß sie als incertae personae weder instituirt noch exheredirt werden könnten, oder ob man auch diese Fälle nach dem Principe der lex Velleja beurtheilte?

Die von den heutigen Schriftstellern gelehrte Ansicht ist, daß noch Gaius die alte Regel anerkannt habe, während bereits Scävola und Papinian der Meinung gewesen seien, eine exheredatio erscheine allerdings als eine res in extraneo inepta, wogegen die vorgängige Institution dem juristischen postumus genügen müsse. Diese Meinung sei dann die herrschende geworden, und auch als die von Justinian recipirte anzusehen [6]).

Mir scheint hiermit aber weder der Zustand der Römischen Jurisprudenz, noch alles in der Justinianeischen Compilation in Betracht Kommende vollständig angegeben zu sein. Gaius war allerdings der Ansicht, daß gleichmäßig die vorgängige Institution wie Exheredation für den später eintretenden postumus nicht hinreichend sein soll. Und es ist nicht zu läugnen, daß dieser Meinung ein ganz vernünftiger Grund zur Seite steht, wonach sie gar nicht lediglich als ein starres Festhalten am alten Recht erscheint. Es kann ein Mensch recht wohl seine Verhältnisse schon im Voraus auch mit Rücksicht auf noch später geborene Descendenten reguliren. Dagegen wenn er durch ein eigenes Rechtsgeschäft einen Haussohn annimmt, so wird selten ein schon früher gemachtes Testament mit seinem jetzigen Willen übereinstimmen. Da nun einmal

---

5) Wir wollen sie in der Folge kurz mit dem Ausdruck: juristische postumi bezeichnen.

6) Gai. II. 140. 141. im Vergleich mit fr. 18. de inj. rupto. und fr. 23. de liber. et post. — s. Bluntschli S. 54. Francke S. 41. Mühlenbruch Commentar. Bd. 36. S. 279. Vangerov Leitfaden II. S. 232. — Foerster p. 117. 119. versuchte noch eine Vereinigung beider in die Digesten recipirten Juristen mit Gaius, was allerdings unzuläßig ist.

die postumi das Testament rumpirten, so hat es sehr viel für sich, diesen Satz ganz allgemein bei den juristischen postumi bestehen zu lassen, weil man nicht voraussetzen kann, daß der Testator ganz bei seinem früheren Willen bleiben werde. Und die Anforderung ist doch wahrlich nicht unnatürlich, daß man von dem, der noch Lust gehabt hat, durch ein eigenes Rechtsgeschäft einen Sohn anzunehmen, verlangt, er solle nun auch von Neuem seine Verlassenschaft reguliren. Daß auch die Römische Gesetzgebung von diesem Gesichtspunkte ausging, sehen wir aus Gaius II. 143., indem durch ein eigenes Sct. unter Hadrian für einen Fall, wo es nicht mehr möglich war, das Testament zu erneuern, ausdrücklich erlaubt wurde, daß die vorgängige Institution oder Exheredation genügen solle; ne, wie Gaius sagt, scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent.

Aber darin liegt doch ein entscheidendes argumentum a contrario, daß die Gesetzgebung abgesehen von diesem Ausnahmsfalle eine Renovation des Testamentes bei juristischen postumi verlangte, daß sie mithin die directe Uebertragung des Princips der lex Velleja auf dieselben für unanwendbar hielt. Freilich werden wir nun sehen, daß viele Juristen und zwar lange vor Gaius anderer Meinung waren; aber daß diese theoretischen Ansichten gleich in die Praxis übergingen, wo ihnen noch ein späteres Sct. entgegenstand, ist nicht zu glauben.

Die Ansicht von Scävola und Papinian ist eine Mittelmeinung, und lehnt sich am nächsten an die des Gaius an. Wenngleich nämlich Letzterer dem Resultat nach Institution und Exheredation einander gleichstellt, so unterscheidet er sie doch den Gründen nach ganz genau:

> II. 140. Nec prodest, sive haec sive ille qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave; nam de exheredatione ejus supervacuum videtur quaerere, quum testamenti faciundi tempore suorum heredum numero non fuerit.

Bei der Exheredation bestände gar kein Zweifel, daß sie die Ruption des Testamentes nicht zu verhindern vermöge, denn zur Zeit der Testamentserrichtung sei der später Adoptirte ein exheredatus, und die exheredatio eine res in extraneo

inepta [7]). Dies deutet darauf hin, daß in Beziehung auf die Exheredation damals gar kein Streit unter den Römischen Juristen bestand, wohl aber rücksichtlich der Institution. In der That sieht man dies nun auch aus der vorsichtigen Ausdrucksweise, mit der Scävola in fr. 18. de inj. rupt. die dem Gaius entgegengesetzte Ansicht ausspricht:

> Si, qui heres institutus est, a testatore arrogetur, potest dici satis ei factum, quia et antequam adoptetur, institutio ut in extraneo locum habebit.

Scävola hat einen keineswegs ganz verwerflichen Grund für sich, denn allerdings ist hier ein Unterschied zwischen der Institution und Exheredation. Die letztere bezieht sich lediglich auf Ausschließung eines bestehenden Notherbenrechts, und da dies zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht vorhanden ist, so stimmten Gaius und Scävola darin überein, daß durch eine solche Exheredation jedenfalls die Ruption nicht ausgeschlossen werde. Dagegen meint Scävola, die *Institution sei doch* an und für sich etwas Gültiges auch bei dem extraneus, *und* so solle sie auch genügen, wenn dieser extraneus später suus wird, und dadurch Notherbenrecht erhält; während Gaius daran festgehalten hatte, daß die Institution doch auch späterhin nichts Anderes bedeuten könne, als was sie anfangs gewesen war. Da sie nun im Anfange nicht zur Befriedigung des Notherbenrechtes diente, so könne sie auch später nicht dazu benutzt werden, und der Erblasser sei also nach der Adoption zur Renovation des Testaments verpflichtet.

Diese Ansicht des Scävola ist aber gar nichts Neues, sondern schon Labeo, Cassius und Javolenus hatten sie, wie wir aus folgender Stelle sehen.

> Fr. 6. pr. de lib. et post. (Ulpian.) — Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit, et scribit Cassius et Javolenus, posse; nam et uxorem ducere et adoptare potest. Spadonem quoque posse postumum heredem scribere, et Labeo et

---

7) Fr. 132. pr. de verb. obl.

Cassius scribunt, quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est.

Ein **spado** kann natürlich nur einen juristischen **postumus** erhalten, während bei dem, **qui facile generare non potest**, doch die Möglichkeit der physischen Zeugung vorhanden ist. Von Beiden aber wird, mit ausdrücklicher Hervorhebung der Adoption, gesagt, daß die Institution eines solchen juristischen **postumus** gültig sei. Und das ist eben die Ansicht des Scävola und Papinian.

Daß diese soviel Anhänger hatte, scheint mir lediglich daraus erklärlich, daß die Römer die Exheredationen nicht begünstigten. Aber im Uebrigen ist sie eine halbe Maaßregel. Freilich bestand der eben angeführte Unterschied, zwischen Institution und Exheredation, auf den sich Scävola beruft. Aber was daran Wahres ist, führt von selbst darauf, daß man, um consequent zu sein, noch einen Schritt weiter gehen mußte. Scävola und die Uebrigen fassen offenbar die Institution des später Adoptirten als ein Doppeltes auf, einestheils als Institution eines **extraneus**, und anderntheils als Berücksichtigung des später erworbenen Notherbenrechts. Beide Punkte haben im Grunde gar Nichts mit einander zu thun [8]), und wenn man einmal der Institution für den künftigen **suus heres** Bedeutung beilegte, weßhalb soll man denn nicht auch sagen können, daß ebenfalls die Exheredation, wenn sie gleich nicht gegen den fraglichen Menschen als **extraneus** gerichtet sein kann, doch gegen ihn für die Zukunft, sobald er **suus heres** werde, Kraft habe. Consequent sind hier doch nur die zwei Ansichten, daß man entweder die Berücksichtigung der juristischen **postumi** auf die Zukunft hin ganz läugnet, oder daß man sie allgemein zuläßt, und in beiden Fällen Institution und Exheredation gleich behandelt. Es scheint mir daher, wie gesagt, lediglich aus jenem Satze: **exheredationes non esse**

8) Beides scheiden die Römer sehr genau. In der **lex Velleja** ist stets das **permittit institui** und das **vetat rumpi** zu trennen. Bei einem schon vorhandenen **extraneus** versteht sich Ersteres von selbst, und nur das Letztere kommt in Betracht, wenn er dann später **suus** wird. Das Verbot der Ruption folgt gar nicht daraus, daß es erlaubt sei, Jemanden einzusetzen.

adjuvandas, erklärt werden zu können, daß die angegebene Mittelmeinung so viele Anhänger fand.

Deßhalb aber kann es auch gar nicht auffallen, daß es Römische Juristen gab, welche, wenn sie einmal die Ansicht des Gaius verlassen wollten, nun auch geradezu das Umgekehrte sagten, und nicht auf halbem Wege stehen blieben. Diese wandten also das Princip der lex Velleja ganz vollständig auf die juristischen postumi an [9]). Hieher ist, wie ich nicht anders einsehen kann, Ulpian zu rechnen.

> XXIII. 2. und 3. — Agnatione (rumpitur testamentum) id est, si suus heres agnascatur, qui neque heres institutus, neque ut oportet exheredatus est. Agnascitur suus heres aut agnascendo, aut adoptando, aut in manum conve-

9) Freilich ist auch überhaupt streitig, ob die lex Velleja für natürliche postumi die Exheredation erlaubt habe. Aber mir scheint dies unbedenklich bejaht werden zu müssen. Allerdings spricht das fr. 29. de lib. et post. immer nur von der Institution, aber man muß bedenken, daß die ganze Frage sich nur darum dreht, ob Jemand jetzt, wo er noch kein Notherbenrecht hat, bereits in Bezug auf die spätere Erwerbung desselben berücksichtigt werden könne. Die Berücksichtigung aber enthält die Alternative der Institution oder Exheredation. Der Kürze wegen sprach man hier bloß von der Institution, und nahm es als sich von selbst verstehend an, daß, was von dieser gelte, auch auf die Exheredation Anwendung finde. — Ganz augenscheinlich geht dies aus Ulpian. XXII. 19. hervor, wo bei der lex Velleja auch nur von der Institution die Rede ist, aus der dann aber die Möglichkeit der Exheredation (§. 21.) sich von selbst ergiebt. — Wenn auch die Römer in einzelnen Fällen die Institution mehr begünstigten, als die Exheredation, so waren sie doch wahrlich nicht gemeint, diese Alternative, die ein entschiedenes patrium jus war (fr. 132. pr. de verb. obl.), zu verwischen. Gegen den ungerechten Gebrauch von Seiten des Vaters, war die querela inoff. ein genügendes Hülfsmittel. — Und was gewinnt man mit jener entgegengesetzten Ansicht? Da doch die Möglichkeit, postumi zu exheredirен, entschieden feststeht, so muß man zu der unwahrscheinlicheren Aushülfe fliehen, daß erst die Juristen hierin die lex Velleja erweiternd interpretirt hätten. — Zuletzt muß ich noch an jenes Sct. unter Hadrian erinnern (Gai. II. 143.), wo auch ausnahmsweise der juristische postumus nicht rumpiren soll, und hiebei steht die Exheredation der Institution ganz gleich.

niendo, aut in locum sui heredis succedendo . . . . aut manumissione.

Es scheint mir rein unmöglich, daß Ulpian die Exheredation, welche doch bei den durch Geburt und successio in locum sui heredis Agnascirenden zulässig war, nicht auch auf die zwischendurch genannten Fälle der juristischen postumi habe ausgedehnt wissen wollen. Und dies kann auch nicht durch eine andere Stelle Ulpians widerlegt werden (fr. 8. pr. de inj. rupt.), wo es heißt:

> Verum est, adoptione vel arrogatione filii filiaeve testamentum rumpi, quoniam sui heredis agnatione solet rumpi.

Auf den ersten Blick scheint hier Ulpian die Ansicht des Gaius vorzutragen, aber er sagt ja nicht wie Letzterer: omnimodo rumpitur, und so können wir unbedenklich annehmen, daß er voraussetzt, der adoptatus müsse präterirt sein. Wir haben glücklicher Weise ein sehr frappantes Beispiel einer ganz ähnlichen Redeweise mit derselben Voraussetzung. Tryphonin sagt in fr. 28. §. 1. de lib. et post. ganz allgemein: rumpetur ergo testamentum. Dann aber fügt er hinzu: Sed si institutus vel exheredatus sit, non rumpetur. Und so würden auch wohl Ulpians Worte, wenn wir das Vorausgehende besäßen, woran sie sich anschlossen, allen Schein des Zweifelhaften verlieren. —

Vielleicht ist auch Marcellus derselben Ansicht wie Ulpian gewesen. Bei dem Soldatentestament ist nicht die ausdrückliche Exheredation nöthig, sondern nur der Wille, daß man den Notherben ausschließen wolle. Nun heißt es in fr. 7. und 8. de test. mil.

> Ulpianus. — Qui jure militari testatur, etsi ignoraverit praegnantem uxorem vel non fuit praegnans, hoc tamen animo fuit, ut vellet, quisquis sibi nascetur, exheredem esse, testamentum non rumpitur;
>
> Marcellus. — Idem est, et si arrogaverit filium, neposve successerit in locum filii.

Darin liegt doch die Voraussetzung, daß man überhaupt einen später Arrogirten im Voraus exherediren könne, indem

das Privilegium des Soldaten, soviel ich weiß, nur darin besteht, daß er die Exheredation nicht besonders auszusprechen brauchte. —

Wie steht es nun mit der Behandlung dieser Controverse im Justinianeischen Corpus juris? Hiefür werden heutzutage immer nur jene beiden Pandektenstellen von Scävola und Papinian angeführt, und ich finde nirgends bemerkt, daß auch die Stelle des Gaius in die Institutionen recipirt ist[10]). Jedenfalls wird man die Compilatoren nicht wegen zu großer Sorgfalt beloben können, und es ist eigentlich ganz unsicher, welcher Ansicht sie sich zugeneigt haben. In der Institutionenstelle ist freilich das omnimodo, welches Gaius vor rumpitur noch setzt, gestrichen. Aber dies kann auch bloß geschehen sein, weil der Gegensatz fehlt, um dessentwillen Gaius dies Wort gebraucht. Gaius handelt bis zum §. 137. von den natürlichen postumi, für welche die lex Velleja galt, und dann gleich im §. 138. von den juristischen postumi, *auf* die er das Princip der lex Velleja gar nicht *ausgedehnt wissen will*. In den Justinianeischen Institutionen aber sind zwischen diese beiden Lehren die Titel 14—16 des zweiten Buchs geschoben worden, und so hatte im §. 1. des siebzehnten Titels das Wort omnimodo gar keine Beziehung mehr. Nichtsdestoweniger behalten die stehengebliebenen Worte testamentum ejus rumpitur denselben absoluten Sinn, in welchem sie Gaius nahm, und in welchem auch gleich im folgenden § gesagt wird: posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur.

Es liegt hier mithin eine Institutionenstelle vor, die überdem noch von den Compilatoren für das damalige Recht der Adoption wesentlich umgebildet worden ist, also nicht wohl aus einem Versehen erklärt werden kann, während dies viel

10) §. 1. I. quib. mod. test. infirm. — Rumpitur autem testamentum, quum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris, aut per Praetorem secundum nostram constitutionem eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.

eher sich von den Pandektenstellen des Scävola und Papinian sagen läßt, da überdem jene Stelle von Ulpian (fr. 8. pr. de inj. rupt.) in der Justinianeischen Gestalt ganz mit der Ansicht des Gaius übereinstimmt. Man kann also sehr wohl der Meinung das Wort reden, daß Justinian ganz auf dem Standpunkte stehen geblieben sei, den die Gesetzgebung noch unter Hadrian einnahm.

Hält man aber diese Gründe nicht für genügend, so scheint mir dann noch am Ersten Ulpians Ansicht als die Justinianeische angenommen werden zu müssen, obgleich jene Stelle aus den Fragmenten nicht in die Compilation aufgenommen worden ist. Die Stellen, worin uns die Mittelmeinung von Labeo, Cassius, Javolenus, Scävola und Papinian angeführt wird, sprechen ja lediglich von der Institution, die Exheredation wird gar nicht erwähnt. Freilich können wir nun namentlich durch Vergleichung mit Gaius II. §. 140. mit ziemlicher Sicherheit annehmen, daß alle diese Juristen die Exheredation der Institution nicht gleichgestellt haben. Aber das kommt doch für die Justinianeische Compilation nicht in Betracht, worin die Exheredation gar nicht besonders hervorgehoben wird. Vielmehr können wir hier nur sagen: da Justinian entschieden anerkennt, daß postumi im Voraus instituirt oder exheredirt werden könnten, daß sie nur im Fall der Präterition das Testament rumpiren [11]), so haben wir anzunehmen, daß er diese Voraussetzungen, da er nachher bei den juristischen postumi nichts Entgegengesetztes sagt, allgemein habe gelten lassen wollen. Den §. 1. quib. mod. test. infirm. haben wir mithin so zu interpretiren, daß die agnatio sui heredis nur dann rumpirt, wenn dem §. 1. I. de exher. lib. gemäß der postumus präterirt ist, also ganz ebenso, wie jenes Ulpiansche fr. 8. de inj. rupt. schon nach Ulpians eigener Ansicht zu verstehen ist. Dagegen haben wir fr. 6. pr.

11) §. 1. I. de exher. lib. — Postumi quoque liberi vel heredes institui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex ceteris liberis sive feminini sexus, sive masculini praeterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur.

fr. 23. §. 1. de liberis et post. fr. 18. de inj. rupt. auf der einen Seite (worin von der Institution die Rede ist) und fr. 7. u. 8. de test. militis auf der anderen Seite (worin Marcellus von der Exheredation spricht) lediglich als Ausflüsse und Anwendungen der allgemeinen Regel zu betrachten, wonach Justinian das Princip der lex Velleja, also die Möglichkeit der Institution und Exheredation, vollständig für alle postumi, ohne weitere Unterscheidung der physischen und juristischen, hat gelten lassen wollen.

§. 101. Durch das im vorigen § Gesagte sind wir in den Stand gesetzt, das Jahr, in welchem die lex Velleja gegeben wurde, genau zu bestimmen.

In den consularischen Fasten finden sich zwei Jahre, das eine unter August (763.), das andere unter Claudius (799.), in denen beiden ein Junius (Silanus) und ein Vellejus (Tutor) zusammen Consuln waren. In dem ersteren Beide als suffecti. — Danach tritt Mühlenbruch den Worten Schraders in der Institutionenausgabe bei: quando haec lex lata sit, parum constat, während die meisten Schriftsteller sich für das Jahr 763. entscheiden, aus Gründen, die freilich wenig darthun. Der bisher übersehene Beweis aber, daß in der That das Gesetz unter Augustus gegeben sein muß, liegt in dem schon citirten fr. 6. pr. de lib. et post. Denn Labeo nahm bereits an, daß ein spado einen postumus instituiren könne, weil er adoptiren darf, und dies ist eben die Ausdehnung des Princips der lex Velleja auf die juristischen postumi, mithin muß das Gesetz in die Lebenszeit dieses Juristen gesetzt werden.

Vergleichen wir nun damit die Data, welche uns für die Entstehungszeit der c. t. b. p. aufbewahrt worden sind. Man hat sich hiebei vielfach auf Punkte berufen, deren Beweiskraft ich in keiner Weise anerkennen kann.

Es wird nämlich von vielen Schriftstellern das Bestehen dieses Institutes schon gegen das Ende der Republik hin angenommen. Förster [1]), der sich auf Sartorius [2]) beruft, führt

---

1) l. c. p. 142.

2) Diss. de bon. possessione, quam c. t. parentum liberi agno-

als Grund dafür an, daß das Carb. edictum, welches sich doch hauptsächlich auf die c. t. b. p. stützt, unzweifelhaft bereits in dieser Zeit bestanden habe.

Die Gründe, welche Sartorius für diese Behauptung hat, kenne ich nicht [3]), aber es läßt sich dieselbe vollkommen zugeben, ohne daß daraus für das Bestehen der c. t. das Geringste folgte. Das im §. 80. Gesagte führt dies von selbst mit sich. Das Carb. edictum ist ein Recht derselben liberi, welchen auch die c. t. zusteht. Aber die letztere erscheint gar nicht die nothwendige Voraussetzung, ohne welche jenes Institut nicht denkbar wäre. Beide sind eigenthümliche Rechte der sui, und es verstand sich ziemlich von selbst, daß seitdem eine c. t. b. p. bestand, das Carbonianum edictum, mag es nun schon vorher existirt haben oder nicht, daran angelehnt, oder wie Ulpian sagt, der c. t. b. p. angepaßt wurde [4]).

Ein fernerer Grund, daß die c. t. bereits zu Ciceros Zeit bestanden habe, wird von Huschke [5]) darin gefunden, daß theils die missio ventris nomine, theils die c. t. b. p. des Patrons zu dieser Zeit entschieden schon eingeführt waren. Aber von dem ersteren Institute gilt noch mehr das, was ich eben vom Carbonianum edictum sagte (s. §. 79.), denn hier ist ja gar nicht einmal jene auch nur formelle Verbindung mit der prima pars edicti in den Quellen vorhanden.

Was aber die b. p. des Patrons betrifft, so ruht diese auf so ganz von Grund aus verschiedenen Principien, daß wegen der Gleichheit des Namens durchaus nicht aus dem Bestehen des einen Instituts auf das des anderen geschlossen werden kann. Ich werde auf dies Recht des Patrons noch bei einer anderen Gelegenheit zurückkommen müssen. Ueberdem

---

scunt. Lips. 1775. Mir ist diese Schrift, trotz vielfacher Nachforschungen, nicht zugänglich gewesen.

3) Wenn es nicht der ist, daß Labeo die Carboniana b. p. bereits kennt. Fr. 9. de Carb. ed.

4) Fr. 3. pr. de Carb. ed. — Carbonianum edictum aptatum est ad c. t. b. p. et intestati, quum et in sec. tab. in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum.

5) Richtersche Jahrb. 1839. I. S. 18.

kennen wir ja auch das Edict über die b. p. in der Gestalt, die es zu Ciceros Zeit hatte, und diese scheint mir, wie bereits im ersten Bande hervorgehoben wurde, mit der gleichzeitigen Existenz der c. t. b. p. völlig unvereinbar.

Hiernach bleibt nur ein einziger sicherer Anhaltspunkt für die Entstehungszeit der c. t. b. p. übrig, nämlich der, daß Labeo dies Institut bereits entschieden gekannt hat [6]). Huschke will freilich daraus auf eine noch frühere Zeit zurückschließen, da sie bei diesem Juristen bereits „als etwas Bekanntes, und schon mit einer Ausdehnung" vorkomme. Die Worte der angeführten Stelle lauten nämlich folgendermaßen:

> **In adoptionem datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint. Et hoc justissime eum fecisse, Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt.**

Daß die c. t., seitdem sie überhaupt im Edict proponirt war, von Labeo als etwas Bekanntes erwähnt wird, kann uns freilich, wie von jedem anderen Satze des Edicts, nicht Wunder nehmen. Daß aber hier schon von einer Ausdehnung der c. t. die Rede sei, muß ich läugnen. Sie wurde eingeführt, um die Accrescenzerben gegen die **extranei** zu begünstigen, unter den **sui** aber eine gleichmäßige Vertheilung der Erbschaft herzustellen. Die Frage also, wen man zu den **extranei**, oder umgekehrt zu den **sui** zählen solle, mußte sich gleich zuerst aufdrängen; und in dieser Weise mußte, wie ich bereits im vorigen Kapitel ausgeführt habe, der **in adoptionem dati** sogut wie der **emancipati** gleich von Anfang an gedacht werden. Die Einführung der c. t. fällt schon in die Blüthe der Römischen Jurisprudenz, und da kann es uns doch nicht wundern, daß in dem Institute gleich mit gehöriger Ueberlegung Alles das aufgenommen wurde, was bei dem Zwecke, um dessentwillen man es aufstellte, und bei einem etwas geübten juristischen Nachdenken unmöglich übersehen werden konnte. Ist doch auch Labeos Ausspruch eben nur ein Lob, daß der Prätor sein Princip richtig auch bei den **in adopt. dati** durchgeführt habe, und dazu konnte der Jurist gerade bei einem erst neuer-

---

6) **Fr. 8. §. 11. de b. p. c. t.**

dings eingeführten Institute am leichtesten veranlaßt werden. —

Ziehen wir jetzt den Schluß, so findet sich also, daß Labeo die lex Velleja und die c. t. b. p. bereits beide gekannt hat; und nur für den Lebenskreis dieses Mannes ist es ungewiß, welches Institut das frühere sei. So steht denn auch nichts entgegen, in Folge der eben angegebenen inneren Gründe anzunehmen, daß die lex Velleja das vorangehende war, auf welche die c. t. sehr bald gefolgt sein kann.

Ist es zu verwundern, wenn in der damaligen Zeit, wo man wahrlich im Stande war, Mängel des Rechtszustandes bald zu entdecken, in dem Kopfe eines klugen und billigen Prätors alsbald ein Rechtsinstitut ausgedacht wurde, welches er auch ins Leben einzuführen nicht zu zögern brauchte, da er weder über den Beifall des Volks noch der Juristen in Zweifel sein konnte. Es würde unnatürlich sein, anzunehmen, daß nicht bedeutende damals lebende Juristen, wenn sie nicht selbst Prätoren wurden, doch von den dazu Erwählten zur Berathung des aufzustellenden Edicts hinzugezogen worden wären, und daß sie nicht das aufgestellte alsbald der weiteren wissenschaftlichen Critik unterworfen hätten. Es ist, wie ich schon hervorhob, eine und dieselbe Rechtsentwicklung, daß man von der einen Seite das Notherbenrecht der postumi beschränkte, von der anderen Seite das der Accrescenzerben erweiterte, damit ein im Wesentlichen gleiches Notherbenrecht allen sui heredes zu Theil werde. Die geringe Zeit, welche zwischen den postumi Aquiliani und Vellejani liegt, überhaupt der Umstand, daß man diesen Gegenstand eines eigenen Volksschlusses werth hielt, zeigt wie viel Werth die Römer auf diese Rechtsentwicklung 7) gelegt haben. Und so mag die c. t. in noch kürzerer Zeit der lex Velleja gefolgt sein, als diese sich an die Formel des Gallus Aquilius anschloß.

§. 102. Es bleibt nun noch die genauere Untersuchung

---

7) Die doch so rein privatrechtlich ist, während man im Allgemeinen leges nur findet, wo noch ein öffentliches Interesse hinzukam. Puchta Cursus der Inst. I. S. 285.

übrig, welches Ursprunges jene Regel gewesen sein möge, daß man die Kinder männlichen Geschlechtes nominatim, die Weiber dagegen nur inter ceteros zu exheredіren habe [1]).

Wir müssen freilich immer vor Augen behalten, daß sie möglicherweise zuerst vom Prätor in der c. t. aufgestellt wurde; und dann erst von dieser auf das Recht der postumi übertragen ist. Freilich folgt daraus noch keineswegs mit Nothwendigkeit, daß nun auch die c. t. vor der lex Velleja schon bestanden haben müsse. Es ist vollkommen denkbar, daß das Recht der postumi, wie jenes Gesetz es regulirte, die Veranlassung des Prätorischen Institutes wurde, man aber anfangs bei den postumi ebensogut wie bei den sui jam nati den Sohn allen Uebrigen entgegensetzte, und erst mit der Zeit jene Berücksichtigungsvorschrift aus dem Prätorischen Recht auch für das Civilrecht adoptirte.

Aber auch dies ist mir nicht wahrscheinlich. Die Quellen enthalten nicht die geringste Andeutung, daß wir hier das Prätorische Recht als das Vorbild, das Civilrecht als die Nachahmung aufzufassen hätten, und so ist es denn schon von vorn herein das am nächsten Liegende, daß wenn sich überhaupt nicht wohl denken läßt, wie man vor der lex Velleja auf die c. t. hätte kommen können, nun auch jener specielle neue Rechtssatz in dem Gesetze seine Wurzel haben müsse. Und hierauf führen uns auch in der That die Quellenaussprüche, die aber freilich, wenn man sie alle in vollkommenen Einklang mit einander bringen will, ganz eigenthümliche Schwierigkeiten darbieten, so daß von einer vollen Sicherheit wohl bei keinerlei Meinung die Rede sein kann.

Es ist eine sehr bekannte Ansicht, daß die lex Velleja sich überhaupt nur auf postumi männlichen Geschlechts bezogen habe, weil in der damaligen Zeit das testamentarische Erbrecht in Gemäßheit der lex Voconia den Frauen versagt gewesen sei [2]). Wenn dies richtig ist, so leuchtet es ein, daß auch die c. t. b. p., welche ja in dieselbe Zeit fällt, ebenfalls nur männlichen Accrescenzerben zugestanden haben könne. Die

1) Gai. II. 132. Ulp. XXII. 21. 22.

2) Francke a. a. O. S. 31. Note 38. Mühlenbruch a. a. O. S. 214.

Frage betrifft also direct auch das Institut der b. p., obgleich man sie freilich in Bezug auf diese nicht gerade besonders besprochen hat. Es würde also, wenn wirklich anfangs die c. t. so beschränkt gewesen wäre, zu untersuchen sein, durch welche Gründe sie dann auch auf die weiblichen Accrescenzerben ausgedehnt worden, in welcher Gestalt sie uns von Gaius (II. 124. 125.) vorgetragen wird.

Die hauptsächliche Veranlassung zu der Ansicht, daß wegen der lex Voconia die Velleja auf männliche postumi beschränkt gewesen sei, haben die Worte der letzteren gegeben, welche Scävola in fr. 29. §. 12. de lib. et post. in abgerissener Art citirt. Der Jurist will hier nämlich darthun, daß nach dem ersten Kapitel der lex Velleja Jeder instituirt werden kann, der vivente testatore als dessen suus heres geboren wird, wenn er auch, zur Zeit der Testamentserrichtung geboren, nicht sogleich suus heres geworden wäre. Scävola beruft sich hiefür auf die allgemeinen Ausdrücke des Gesetzes:

> Qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui heredes futuri erunt. . . .

Während dem Scävola daran liegt, die Worte: qui ei sui heredes futuri erunt hervorzuheben, so interessirt uns hier die Frage, welcher Schlußsatz sich in der lex Velleja an die nebenbei mit angeführten Worte: is omnes virilis sexus geknüpft haben möge. Aus Scävolas Deduction ist offenbar hiefür nichts zu entnehmen, da er den uns interessirenden Passus gar nicht zu erklären die Absicht hat. Es müßte also erst aus anderen Gründen dargethan werden, daß derselbe eine Beziehung auf die lex Voconia enthält, so daß er nicht wohl umgekehrt gleich zur Bestätigung der Ansicht benutzt werden kann, es sei damals noch immer nicht die Erbeinsetzung der eigenen Tochter gestattet gewesen [3]).

Ebensogut nämlich, wie die fraglichen Worte auf die lex Voconia gedeutet werden können, lassen sie sich jedenfalls auch auf unsere Berücksichtigungsvorschrift beziehen, wie dies schon Cujacius angenommen hat [4]). Und an und für sich müßten

---

3) So schließt Mühlenbruch a. a. O.

4) Comm. ad tit. D. de lib. et post. ad l. 4. u. 29.

wir beide Deutungen als möglich dahin gestellt sein lassen, wenn nicht besondere Gründe hinzukämen, welche der letzteren den Vorzug geben.

Es ist vorerst nicht außer Acht zu lassen, daß die lex Voconia nur ein singuläres Gesetz war, während durch die lex Velleja ein jus commune eingeführt wurde. Jene bezog sich nämlich nur auf die Testamente der in die erste Censusklasse eingeschriebenen Bürger. Wenn nun auch die lex Velleja für diesen Fall die weiblichen postumi ausschloß, so mußte sie doch auf die übrigen Censusklassen ebenfalls Rücksicht nehmen, und für diese kann natürlich jetzt bereits der Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Geschlechts eingeführt worden sein, so daß die Gegner doch immer die Möglichkeit zugeben müssen, daß in den angeführten Worten der lex Velleja von dieser Berücksichtigungsvorschrift und nicht von der lex Voconia die Rede war. — Aber es kommt noch ein anderer Umstand hinzu, auf den bereits *Cujacius* aufmerksam macht. Es wird gewiß allgemein zugegeben werden, daß die Formel des Aquilius Gallus, welche der lex Velleja vorausging, keine größere Ausdehnung gehabt haben kann, als diese letztere; denn Aquilius mußte doch auf dem bestehenden Rechte fußen, und wenn die lex Voconia zu seiner Zeit noch für die Kinder galt, so konnte er unmöglich seine Formel so allgemein fassen, wie er es gethan hat: sive quis mihi nepos, sive quae neptis [5]). Eine Interpolation der Compilatoren, wodurch die Rücksichtnahme auf die lex Voconia gestrichen worden wäre, ist doch bisher noch nicht vermuthet, und auch nicht wahrscheinlich.

Hiernach müssen wir also wohl annehmen, daß zur Zeit der lex Velleja die Einsetzung der weiblichen Descendenten überhaupt möglich, mithin in diesem Punkte die Voconia antiquirt war. Und damit stimmt denn überein, daß wir so gar keine Spuren haben, die c. t. sei nicht gleich von Anfang an für alle Accrescenzerben, auch die filiae und neptes, eingeführt worden. Gaius hebt bei der Darstellung des Accrescenzerbrechtes, das dann, wie er hinzufügt, durch die c. t.

---

5) Fr. 29. pr. de lib. et post.

h. p. verbessert wurde, die filia ganz besonders hervor, und danach ist es nicht glaublich, daß zur Zeit, als die c. t. eingeführt ward, dies Accrescenzerbrecht den Weibern noch gar nicht zugestanden hätte, also die c. t. nur für die nepotes aufgestellt, und erst später auf filiae und neptes ausgedehnt worden wäre. Bestand aber für diese schon zur Zeit des Augustus das Accrescenzerbrecht, so können natürlich auch die Beschränkungen der lex Voconia damals nicht mehr gegolten haben [6]). —

Aus den angeführten Gründen folgt, daß wir jenen fragmentarischen Satz der lex Velleja auf die Vorschrift, alle postumi männlichen Geschlechts nominatim zu exherediren, beziehen müssen. Und dies stimmt nun auch mit einzelnen Aussprüchen der Quellen zusammen, welche diese Vorschrift der lex Velleja ganz entschieden zuschreiben [7]). Aber so einfach, wie die Sache Manchem in Folge dessen geschienen hat [8]), ist sie nun doch nicht. Es giebt nämlich noch andere Stellen, die eine directe Zurückführung unseres Satzes auf klare Worte der lex Velleja ganz unmöglich machen. Ulpian läßt die Vorschrift der namentlichen Exheredation entschieden nur für

6) Ich kann auf die lex Voconia selbst hier nicht weiter eingehen. Vielleicht hat das Institut der partitio legata, auf deren Zusammenhang mit der l. Vocon. Bachofen aufmerksam gemacht hat, den Anlaß zur Entstehung des Accrescenzerbrechtes gegeben. Es war Sitte, den Töchtern in Concurrenz, mit anderen Geschwistern einen Viriltheil zu legiren, extranei gegenüber konnten sie nach der lex Voconia nur die Hälfte bekommen. Nun lag es nicht fern, da es sich doch um eine Quote der Erbschaft handelte, den Charakter des Legats abzustreifen, und diese Quote, auch wenn sie präterirt waren, als ihnen hinterlassen zu fingiren. Das ist aber grade jenes Accrescenzerbrecht, worin man nun leicht die nepotes der filia gleich behandeln konnte, da Beide ja auch in Bezug auf das Verkaufsrecht sich gleich, und dem Sohne, der dreimal verkauft werden mußte, gegenüber standen.

7) Fr. 3 §. 1. de inj. rupt. §. 2. I. in fin de exhered. lib.

8) Winkler de lege Junia Velleja (opusc. I. p. 277.) restituirt den Satz folgendermaßen: qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui heredes futuri erunt, instituendi vel nominatim exheredandi potestatem habeto.

den filius postumus gelten, während er sie für die übrigen masculi postumi nur zweifelnd hinstellt.

> XXII. 22. **Nepotes et pronepotes ceterique masculi postumi praeter filium vel nominatim vel inter ceteros cum adjectione legati sunt exheredandi: sed tutius est tamen nominatim eos exheredari, et id observatur magis.**

Ulpian könnte gar nicht so sprechen, wenn eine klare gesetzliche Vorschrift vorhanden gewesen wäre. Es war vielmehr Gewohnheitsrecht, auf welche sich die Gleichstellung der nepotes mit den Söhnen direct stützt. Ganz dasselbe beweist auch Gaius, der hier wohl unbedenklich aus den Justinianeischen Institutionen restituirt werden darf:

> II. 132. **Masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredentur.**

Man sieht, es war die gemeinsame Ueberzeugung der Juristen (placuit), wonach der Enkel nicht schlechter stehen sollte als der Sohn, und wir können auch wohl nicht zweifeln, daß dies zur ganz feststehenden Praxis wurde. Ulpians Worte scheinen dem freilich entgegenzustehen, aber seine Ausdrucksweise ist mehr dem Scheine als der Sache nach von Gaius verschieden. Er meint, eigentlich müsse doch für die postumi derselbe Unterschied zwischen dem filius und den Uebrigen wie bei den jam nati bestehen, aber dennoch sei es räthlicher, sich nicht hiernach zu richten, und die Worte: et id observatur magis haben wohl keinen schwächeren Sinn, als das placuit des Gaius, d. h. es war ganz anerkannte Praxis, wie dies auch Ulpian in einer anderen Stelle unzweideutig ausspricht.

> **Fr. 3. pr. de inj. rupt. Postumi per virilem sexum descendentes ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant.**

Diese Stelle muß freilich, wie schon Cujacius bemerkt, wegen der l. 4. C. de lib. praet. darin interpolirt sein, daß man postumi per virilem sexum descendentes für postumi virilis sexus setzte, welches Letztere Ulpian lediglich

geschrieben haben kann. Im Uebrigen aber sehen wir deutlich daraus, daß Ulpian ebenso wie Gaius die Vorschrift der namentlichen Exheredation für **nepotes** als etwas durchaus Feststehendes betrachtete.

Wie lassen sich alle diese widerstrebenden Andeutungen der Quellen vereinigen? Wir haben ein Bruchstück der **lex Velleja** selbst, welches nicht wohl von etwas Anderem als der namentlichen Exheredation der **postumi** männlichen Geschlechts geredet haben kann, es bezeugen außerdem mehrere Stellen, daß die **lex Velleja** eine derartige Bestimmung enthalten habe, und doch soll sie nun nach anderen durch Gewohnheitsrecht, durch die Uebereinstimmung der Juristen hervorgerufen sein? Es scheint sich dies schwer mit einander zu reimen, aber dennoch ist eine lösende Antwort, bei der alle Aussprüche der Quellen ihr Recht behalten, möglich. Dies wird aus Folgendem sich ergeben.

Mühlenbruch nimmt an [9]), daß im ersten Kapitel der **lex Velleja**, in welchem jedenfalls die Worte: **is omnes virilis sexus** standen, keine Bestimmung über Exheredation enthalten sein konnte. Aber dies kann ich nicht zugeben. Allerdings unterscheidet Scävola beide Kapitel so, daß die **lex** im ersten »**permittit ut liceat instituti**«, im zweiten dagegen »**non permittit institui sed vetat rumpi**«. Der Gegensatz ist also der, daß die Bestimmungen der **lex** im ersten Kapitel positiv, im zweiten negativ sind. Aber darin liegt nicht, daß im ersten Kapitel nicht auch von der Exheredation die Rede habe sein können, ja müssen, wenn die positiven Bestimmungen vollständig sein sollten; und ich kann keineswegs finden, daß Scävola im **fr. 29. §. 12. cit.** so recht geflissentlich nur von der Institution gesprochen habe, indem der Jurist hier gar nicht von dieser im Gegensatz der Exheredation redet, sondern von der Zeit, wann der **filius** weggefallen sein müsse, damit der **nepos** gehörig berücksichtigt scheine.

Man muß nur, wie ich schon oben bemerkte, (§. 100. Note 9.) bedenken, daß die Juristen gar kein Interesse hatten, noch besonders die Exheredation zu erwähnen, da es allgemein

9) a. a. O. S. 212.

auf die Frage ankam, ob postumi berücksichtigt werden konnten, und unter dieser Voraussetzung fand man es unnöthig, noch immer ausdrücklich die Exheredation der Institution für gleichartig zu erklären. Anders aber mußte man bei der Fassung der lex selbst verfahren, in der sonst eine Undeutlichkeit gelegen hätte, welche vermeiden zu müssen, doch so sehr nahe lag.

Dieses Beides, sowohl die Darstellungsart der Juristen, als die davon abweichende Fassung der lex, geht aus fr. 29. §. 6. cit. hervor, wo offenbar aus dem ersten Kapitel argumentirt wird.

> Melius ergo est, ut in ejusmodi utilitate, praesertim post legem Vellejam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus post mortem natus suus esset, rumperetque praeteritus.

Der Jurist setzt hier die Institution der Präterition entgegen, ohne der dritten Möglichkeit, der Exheredation, zu gedenken, und diese kann unmöglich mit in der Präterition begriffen sein, er muß sie also für ganz gleichartig mit der Institution gehalten haben. Von der anderen Seite aber könnte der Jurist nicht so entschieden von der Ruption durch Präterition sprechen, wenn nicht das erste Kapitel der lex Velleja nur noch in diesem Falle die Vernichtung des Testamentes anerkannt, also umgekehrt die Institution und Exheredation erlaubt hätte. Wir dürfen mithin annehmen, daß der Jurist, wenn er die Ansicht gehabt hätte, vollständig zu sprechen, gesagt haben würde: lex permittit, ut liceat institui vel exheredari.

Außerdem scheint es mir kaum zweifelhaft, daß die lex Velleja in beiden Kapiteln noch den Satz enthalten habe, daß die postumae inter ceteros exheredirt werden könnten, sobald ihnen nur etwas legirt werde. Justinians Institutionen nämlich, und also auch wohl Gaius, tragen den Satz doppelt vor, sowohl für die, welche gleich bei ihrer Geburt sui sind, als

auch die, welche in locum sui heredis succediren. Und es geschieht mit besonderer Beziehung auf die lex Velleja [10]).

Hiernach mögen in dem ersten Kapitel der lex Velleja folgende zwei Sätze enthalten gewesen sein. Wie die Worte derselben gelautet, und ob sie in der Weise, wie ich es hier angebe, nebeneinander gestanden haben, dafür haben wir gar keine Anhaltspunkte. Es kommt mir also nur darauf an, den Sinn der Sätze anzugeben.

> Wer ein Testament macht, soll alle postumi männlichen Geschlechtes, welche ihm sui heredes sein werden, instituiren oder exherediren dürfen. Den postumae muß, wenn sie nicht instituirt oder nominatim exheredirt sind, wenigstens etwas legirt werden.

Bei einer solchen Fassung erklären sich unsere Quellenaussprüche vollkommen. Es lag danach in der lex Velleja eine Undeutlichkeit, welcher durch die Interpretation der Juristen abgeholfen werden mußte. Von der namentlichen Exheredation war nur in Beziehung auf postumae ausdrücklich die Rede. Und so konnte Ulpian sagen, daß bei dem männlichen Geschlechte der Sohn und die nepotes eigentlich ebenso, wie wenn sie schon geboren wären, zu unterscheiden seien. Die allgemein überwiegende und auch sehr gut zu rechtfertigende Ansicht blieb aber doch, daß, da die lex Velleja nur bei den postumae ein inter ceteros exheredare erwähne, und nur unter der Voraussetzung einer Honorirung durch Legat erlaube, dies bei allen postumi männlichen Geschlechts nach dem Sinne des Gesetzes für unzulässig zu halten sei.

Wenn daher dieser Satz direct durch Uebereinstimmung der

---

10) Gai. II. 132. 134. §. 1. u. 2. I. de exher. liber. — Idque lege Junia Velleja provisum est, in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur. Es ist hier vom zweiten Kapitel die Rede, und indem uns bezeugt wird, daß man hier bei den quasi postumi auf die Exheredationsart der postumi verwiesen habe, so folgt doch auch, daß bereits im ersten Kapitel von der Exheredation und dem modus exheredationis (d. h. der Frage ob nominatim zu exherediren sei oder nicht) die Rede war.

Juristen festgestellt worden ist (placuit), so ruht er doch ganz auf einer Interpretation der lex Velleja, und deßhalb konnte Ulpian sehr wohl, ohne sich zu widersprechen, an einem anderen Orte sich so aussprechen, als wenn er ausdrücklich in dem Gesetze angeordnet worden wäre:

Fr. 3. §. 1. de inj. rupto. — Sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Vellejam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati.

Daß Ulpian hier von den **postumi virilis sexus** redet, habe ich vorher schon bei der Mittheilung des Principiums dieses Fragments bemerkt. —

Ziehen wir nun das Resultat, um dessentwillen die in diesem §. enthaltene Untersuchung angestellt wurde. Wenn auch sich darüber nicht volle Sicherheit gewinnen läßt, wie die **lex Velleja** gesprochen habe, so scheint mir doch so viel nach dem Gesagten unläugbar, daß die Römer *die namentliche Exheredation* der männlichen **postumi** *aus diesem Gesetze abgeleitet haben*, daß für eine Entlehnung des Satzes aus dem Prätorischen Rechte gar keine Anhaltspunkte bestehen. Es bleibt daher nur die umgekehrte Annahme möglich, daß der Prätor sich auch hierin für seine **c. t. b. p.**, indem er die **lex Velleja** so *interpretirte*, wie sämmtliche Juristen, an das Civilrecht anlehnte. Und somit sind wir im Stande, den historischen Zusammenhang, in welchen die **c. t. b. p.** eingriff, mit wenigen Worten hier am Schlusse zusammenzustellen:

Die **sui** waren in der Zeit des Augustus sämmtlich unter gleiche Regeln des Notherbenrechts vereinigt worden. Die Institution und Exheredation ist nicht bloß bei den schon Vorhandenen, sondern auch den später Geborenen möglich, in Beziehung auf die bedingte Institution blieben freilich Verschiedenheiten, rücksichtlich der namentlichen Exheredation aber wurde die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts, wie sie von jeher zwischen schon lebenden **filii** und **filiae** bestanden hatte, auf alle **sui** sowie auch die fingirten **sui** übertragen. Die Wirkungen der Präterition waren ebenfalls für sämmtliche **liberi** im Wesentlichen gleichartig geworden, indem wenn nicht wahre Intestatsuccession, doch wenig-

stens nach dem Bilde derselben eine in den materiellen Folgen gleiche Beerbung eintrat.

II. Die b. p. unde liberi.

§. 103. Zur Zeit, als die c. t. b. p. eingeführt wurde, bestand die Prätorische Intestaterbfolge aus den Klassen der legitimi (mit den Unterabtheilungen der sui, agnati und gentiles), ferner der cognati und endlich der Ehegatten. Als nun der Prätor die Emancipirten neben den sui zur selbständigen c. t. hinzuzog, erkannte er damit an, daß, indem er ihre cap. diminutio als nicht geschehen fingirte, sie gleiches Recht haben sollten, wie er den Accrescenzerben zugestanden, d. h., daß sie neben den sui an einer Succession Theil nahmen, welche der Intestaterbfolge materiell gleichstehende Befugnisse gewährte. Wenn also hier der Prätor im Gebiete des Notherbenrechts die emancipati der Intestaterbfolge annäherte, so mußte er doch nothwendig, wenn irgend eine Gleichmäßigkeit des Rechts vorhanden sein sollte, auch beim Nichtvorhandensein eines Testaments ihnen dieselben Rechte gewähren, welche bereits von Alters her den sui zugestanden hatten.

Also die Berufung der emancipati zur c. t. zog nothwendig auch ihr Intestaterbfolgerecht nach sich [1]), es ist gewissermaßen eine und dieselbe Rechtsänderung, welche sehr wohl zugleich mit jener Erweiterung der c. t. ins Edict aufgenommen sein kann, sowie es denn überhaupt das Grundprincip ist, daß alle Successionsregeln der c. t. b. p., namentlich die besonderen daran sich anschließenden Nebeninstitute [2]), von selbst auch bei der b. p. unde liberi statt finden. Deßhalb heißt es in fr. 1. §. 5. si tab. test. null.:

1) Dies ruht ebenso, wie die c. t., auf der Rescission der emancipatio. fr. 6. §. 1. de b. p.

2) Das Carbonianum edictum fr. 1. §. 4. si tab. t. null., die Collationspflicht der emancipati, fr. 6. si tab. t. null. fr. 20. §. 1. de b. p. c. t., die nova clausula fr. 5. pr. §. 2. si tab. testam. nullae. — Auch sind die Regeln, wen man hier unter dem emancipatus verstehe, dieselben wie bei der c. t. fr. 1. §. 6. u. 7. fr. 4. fr. 5. §. 1. fr. 9. si tab. test. null.

Recte autem Praetor a liberis initium fecit ab intestato successionis, ut sicuti contra tabulas ipsis defert, ita et ab intestato ipsos vocet. §. 6. Liberos autem accipere debemus, quos ad c. t. b. p. admittendos diximus.

Wir können also hiernach auch nicht zweifeln, daß wir die b. p. unde liberi als eine Folge der c. t. b. p. aufzufassen haben, während nicht umgekehrt die c. t., die ja gar nicht für Emancipirte eingeführt wurde, durch die b. p unde liberi hervorgerufen sein kann. Die c. t. der Accrescenzerben hat mit der neuen Prätorischen Intestatklasse gar nichts zu thun, erst in der Erweiterung der c. t. auf die Emancipirten liegt ihr Veranlassungsgrund.

So viel haben wir, wie mich dünkt, als unzweifelhaft anzunehmen, im Uebrigen aber fehlen uns für die genauere historische Verbindung beider Institute alle Anhaltspunkte, und es kommt auch im Grunde darauf wenig an. *Ob die* c. t. der Emancipirten früher eingeführt wurde als die b. p. unde liberi, ob beide zugleich entstanden sind, wissen wir nicht. Ja es wäre auch denkbar, daß der Prätor zuerst bei der Intestatsuccession auf die Gleichstellung der emancipati mit den sui kam, daß er dies dann auch auf das Notherbenrecht erstreckte, und nun erst durch Uebertragung der für die c. t. bestehenden Rechtsgrundsätze die b. p. unde liberi die Gestalt bekam, welche unsere Quellen uns darlegen. Jedenfalls bleibt dabei immer der Satz bestehen, daß die c. t. das Vorbild ist, aus dem man die innere Gestaltung der neuen Klasse entnahm.

Aber so sehr auch das Notherbenrecht und die Intestaterbfolge der emancipati innerlich auf demselben Principe ruhen, so mußte doch die äußere Form ihrer Einfügung in das Prätorische Erbsystem durchaus verschieden sein.

Die c. t. b. p. war ein Prätorisches Institut, das von Anfang an einer Erweiterung nicht entgegenstand, so daß, als die Emancipirten den Accrescenzerben hinzugefügt wurden, man sehr natürlich diese Erweiterung durchaus nicht als ein neues Institut, eine neue Klasse, sondern als subjective Ausdehnung der bereits bestehenden Regeln ansah. Ganz anders aber mußte sich die Sache gestalten, als nun auch in der Intestat-

erbfolge die Gleichstellung der emancipati mit den sui bewirkt werden sollte.

Die erste Klasse, welche der Prätor bisher berief, waren allerdings die sui, und man könnte glauben, er habe nur diese Klasse in die der liberi zu erweitern brauchen, um die emancipati hinzuzuziehen. Aber nach dem Römischen Gesichtspunkte mußte dies als durchaus unmöglich erscheinen. — Diese erste Klasse wurde ja vom Prätor als erste Klasse des alten Civilrechts gerufen [3]), ganz so, wie auch die anderen beiden Klassen des ordo unde legitimi, die Agnaten und Gentilen, streng nach dem Rechte der 12 Tafeln die b. p. erhielten. Ebensogut wie es nun dem Prätor nach unserer obigen Darstellung unmöglich war, die Klasse der Agnaten zu erweitern, und darin auch die entfernteren Agnaten succediren zu lassen, wie er daher für die Letzteren eine eigene Klasse, den ordo unde cognati errichten mußte, so war auch für die emancipati, die unter den legitimi niemals eine Stelle finden konnten, kein anderes Mittel, als eine neue Klasse zu schaffen. Diese ließ sich aber nicht hinter den sui einschieben, weil sonst keine Gleichstellung der sui und emancipati bewirkt worden wäre, noch auch vor der Klasse der sui sich wenigstens in der Art aufstellen, daß darin die emancipati allein berufen wären, weil diese ja sonst wieder die sui hätten ausschließen können. So blieb mithin kein anderer Ausweg, als unter dem Gesichtspunkte der liberi die sui und emancipati gemeinschaftlich in einer dem ordo unde legitimi vorausgehenden Klasse zu rufen, welche also lediglich um der emancipati willen eingeführt ist, welche aber, um diesen weder ein besseres noch ein schlechteres Recht zu gewähren, nothwendig die Eigenthümlichkeit mit sich führen mußte, daß die sui jetzt zweimal hinter einander gerufen waren [4]). Endlich aber folgt

3) Fr. 2. pr. unde legit. — Si repudiaverint sui ab intestato bonorum possessionem, adhuc dicemus, obstare eos legitimis, hoc est his, quibus legitima potuit deferri hereditas (der Jurist bezeichnet damit etwas unbeholfen die Agnaten), idcirco, quia repudiando quasi liberi bonorum possessionem, hanc incipiunt habere quasi legitimi. fr. 6. §. 2. de Carb. ed.

4) Auffallend ist hier fr. 1. pr. quis ordo in b. p. serv., wo Mode-

muß dem Gesagten, daß dieser ordo unde liberi nur insoweit impugnandi juris civilis gratia genannt werden kann, als jetzt den Emancipirten das Recht gegeben war, einestheils mit den sui zu concurriren [5]), und anderntheils die agnati ganz auszuschließen [6]). —

Das Wesen der b. p. unde liberi ist hiemit genügend entwickelt; es bleiben uns noch zwei besondere Fragen, die aber auch mit kurzen Worten beantwortet werden können.

Die eine ist nach den bedingenden und vernichtenden Beweisen dieser Klasse. Es leuchtet ein, daß der Prätor hier ebenso wie bei der c. t. b. p. eine Nachweisung im Allgemeinen verlangt haben muß, der Nachsuchende gehöre zu den liberi des Verstorbenen (§. 98. Nro. 3.); aber die vielen einzelnen Fragen, die hier über die Gültigkeit der b. p. entstehen

---

stin in der ersten Klasse nur die sui erwähnt, während Ulpian in fr. 1. §. 1. si tab. test. nullae sagt, die vier Klassen der Intestatsuccession seien die der liberi, legitimi, cognati, vir et uxor. Modestin thut dies, um hervorzuheben, daß die Emancipirten, welche er im §. 2. noch besonders erwähnt, als fingirte sui succediren. Ebenso haben wir schon gesehen, daß Gaius die Klasse unde liberi ihrem inneren Wesen nach lediglich als Emendation der schon für die sui bestehenden auffaßt (s. §. 68. Note 13.). Daher kam es, daß man nur den ordo unde legitimi, aus dem auch die Gentilen wegfielen, häufig ganz und gar mit der mittleren darin enthaltenen Klasse, der Agnaten, identificirte, weßhalb Gaius III. 27. die Agnatenklasse den secundus gradus nennt, und Julian in fr. 4. §. 1. quis ordo sagt, der filius werde zum zweitenmale (nicht als legitimus, wie es eigentlich heißen müßte, sondern) als agnatus gerufen. An und für sich ist dies nur eine verschiedene Ausdrucksweise, wodurch in der Sache nichts geändert wird. Aber mir scheint dies doch in einer wahren Rechtsänderung seinen Grund zu haben, daß nämlich seit Einführung des ordo unde liberi eine besondere Agnitionsfrist für die sui vor der Agnatenklasse nicht mehr berechnet wurde. Ich werde darauf im fünften Kapitel zurückkommen.

5) Fr. 10. de collat. fr. 3. de dot. coll.

6) Also gegen den scriptus heres hat sie keine Bedeutung, so daß dieser, dem gegen die c. t. b. p. kein Recht zusteht, die b. p. unde liberi zur sine re machen kann. S. das Bd. I. S. 237. erörterte fr. 2. si tab. test. null. — Uebrigens kann auch die b. p. unde liberi als eine c. t. fingirt werden. fr. 5. pr. de dol. coll.

könnten, weil der b. possessor nicht der Nächste in seiner stirps sei, weil er untergeschoben worden, oder schon vor der Agnition eine status mutatio erlitten habe, dürfen wir ebenso unbedenklich wie bei der c. t. b. p. zu den vernichtenden Beweisen zählen. Von dem letzteren Beispiele zeigt dies ausdrücklich fr. 9. si tab. test. null.:

> Si posteaquam filius emancipatus bonorum possessionem patris petiit, statum suam mutavit, nihil obesse ei, quominus id quod acquisiit, retineat (d. h. die b. p. wird dadurch nicht zur non data); quodsi prius conditionem suam mutavit, b. p. eum petere non posse.

Das prius deutet doch auf die Erbittung der b. p., welche trotz einer vorgängigen status mutatio vorgekommen sein kann, und eigentlich sagt der Jurist scheinbar widersinnig: quodsi prius quam petiit b. p. conditionem mutavit, b. p. eum petere non posse. Er will aber offenbar nichts Anderes ausdrücken, als daß, wenn die status mutatio schon bekannt ist, der welcher b. p. nachsuchen will, sie nicht erlangen kann, wogegen, wenn ihm dennoch die b. p. ertheilt worden war, er id quod acquisiit retinere non potest, d. h. die b. p. als nicht ertheilt angesehen wird.

Außerdem bestand für die Ertheilung der b. p. unde liberi noch die Bedingung, daß die vorausgehenden Fristen der b. p. contra und secundum tabulas unbenutzt verstrichen seien, ja auch wohl, daß nicht schon die scripti heredes durch her. aditio sich entschieden die Erbschaft angeeignet hätten (Note 6.). Dies setzt regelmäßig keinen vom Nachsuchenden zu liefernden Beweis voraus, aber es konnte umgekehrt durch einen vom Agnoscirenden zu liefernden Beweis die Ertheilung der b. p. unde liberi verfrüht werden, sobald er es nämlich als sicher herausstellte, daß wegen eines Mangels des Testamentes, oder wegen Repudiation der vorher Berufenen die vorausgehenden bonorum possessiones nicht eintreten würden [7]. —

---

7) Fr. 3. si t. t. null. — B. p. potest peti ab intestato, si certum sit, tabulas non exstare septem testium signis signatas.

Die zweite Frage, die hier noch der Erwähnung bedarf, ist mehr wie billig zum Gegenstande des Streits geworden [8]; ob nämlich in der Klasse unde liberi eine graduum successio bestanden habe oder nicht. Mir scheint die verneinende Antwort gar kein Bedenken zu haben. In dieser Klasse stehen die liberi gar nicht als cognatische Kinder, sondern lediglich als wahre oder fingirte sui heredes. Suus heres aber ist der, welchem zu der Zeit, wo die Intestatsuccession deferirt wird, keine Mittelsperson zwischen ihm und dem Erblasser entgegensteht. Nur wenn das Recht einer solchen Mittelsperson, wie Paulus sagt, abscissum est [9]), kommt der Nachfolgende in Betracht, und die Römischen Juristen fragen bei der b. p. unde liberi wie bei der c. t. lediglich danach, wer zur Zeit, wo deferirt wird, wirklicher oder fingirter suus heres war [10]), also wenn dieser suus nach der Zeit, wo der Erblasser intestatus gestorben war (si intestato moritur), wieder wegfällt, so kann von einem Einrücken des nepos gar nicht die Rede sein, weil ihm das Requisit des suus heres fehlt, was das allein Maaßgebende ist. Als cognatischer Descendent hat er lediglich ein Recht auf die b. p. unde cognati.

Die einzige Ausnahme von diesem Principe ist das oben dargestellte edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus, aber der Ausnahmscharakter zeigt sich auch hier sehr schlagend darin, daß man den nepotes lediglich einen Theil

---

fr. 1. §. 8. eod. Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere (fr. 1. §. 10. de b. p. sec. tab.), dicendum *est*, ab intestato rem habituros eos, qui b. p. acceperunt. fr. 1. §. 3. eod. Plane si tempora quidem petendae bonorum possessionis ex testamento largiebantur, verumtamen repudiata est b. p., dicendum erit ab intestato b. p. jam incipere, quum enim is, qui repudiavit, petere b. p. non potest, post repudiationem, consequens erit, ut ab intestato posse peti incipiat.

8) S. v. Vangerow Leitfaden. II. §. 407.

9) Fr. 9. §. 2. de lib. et post.

10) Fr. 7. pr. si tab. test. null. fr. 4. §. 1. de c. t. b. p. fr. 1. §. 8. de suis et legitimis.

von dem zusprach, was dem Vater, in Folge seiner Fiction als suus heres eigentlich allein zugefallen wäre. Also den übrigen liberi gegenüber hat man das Princip doch vollkommen aufrecht erhalten. Ja noch mehr. Es giebt einen Fall, wo die nepotes auch nicht einmal ihrem Vater gegenüber zugelassen werden. Während nämlich im Uebrigen die instituirten in adoptionem dati liberi zur c. t. b. p. commisso per alium edicto zugelassen werden, so ist dies Recht doch den nepotes, wenn ihr emancipirter Vater noch vorhanden ist, entzogen (§. 87. Note 12.). Und sie sollten es auch nicht einmal durch graduum successio erlangen [11]), offenbar weil diese überhaupt bei der c. t. b. p. nicht möglich ist. Ein solcher Fall kann nun freilich bei der b. p. unde liberi nicht vorkommen, aber er beweist nichtsdestoweniger für sie, da er nichts als ein Ausfluß des allgemeinen Princips der c. t. b. p. ist, und dies Princip ganz gleichmäßig auch für die b. p. unde liberi gilt.

---

11) Fr. 13. §. 1. de b. p. c. t.

Viertes Kapitel.

Veränderungen der secundum tabulas b. p. in der klassischen Juristenzeit.

§. 104. Wir gelangen jetzt bei der Erörterung der im Gebiete der Erbklassen eingetretenen Erweiterungen auf den letzten Punkt. Es sind nicht bloß zu den beiden dem Civilrecht bekannten Klassen (der testamentarischen Erben und der legitimi), die beiden suppletorischen **ordines** (**unde cognati** und **unde vir et uxor**) sowie die zwei correctorischen (**contra tabulas** und **unde liberi**) hinzugefügt worden, sondern es haben sich auch im Gebiete der **secundum tabulas b. p.** noch zur Zeit der klassischen Juristen Veränderungen zugetragen, die von der ursprünglichen Gestalt dieser Klasse genau zu scheiden sind. Diese haben wir jetzt kennen zu lernen.

Jene ursprüngliche Gestalt ist im ersten Bande vollständig dargestellt worden, und ich habe dort bereits am Ende des §. 30. auf das hier daran Anzuknüpfende verwiesen. Weit entfernt, daß es mit dem Grundprincip der **sec. tab. b. p.** im Widerspruch stände, schließt es sich vielmehr in sehr natürlicher Weise an dasselbe an, und bietet einen Complex von Ausnahmen dar, wie sie das praktische Leben sehr leicht aus der Regel selbst hervorrufen konnte. Wir werden gerade durch die Art, wie die Quellen diese Ausnahmen darstellen, um desto

mehr das oben gewonnene Resultat sich bestätigen sehen, daß die sec. tab. b. p. ihrem Grundwesen nach auch noch zur Zeit der klassischen Juristen durchaus eine confirmandi juris civilis gratia bestehende Klasse war; d. h. daß der Prätor als Hauptabsicht stets vor Augen hatte, dem scriptus heres (also dem in einem gültigen Civiltestamente Eingesetzten) in Folge leicht zu erbringender Beweise rasch zum Besitze des Vermögens zu verhelfen. Diese bedingenden Beweise waren die Vorbringung eines Testaments mit sieben Siegeln und die Nachweisung, daß der Testator als civis Romanus und sui juris gestorben sei, woraus man in Folge einer meist zutreffenden Wahrscheinlichkeitsrechnung präsumiren konnte, die Urkunde sei ein vollkommen gültiges Civiltestament, der Eingesetzte wahrer Civilerbe. Darin aber liegt, daß, sobald die Wahrheit der Wahrscheinlichkeitsrechnung widersprach, d. h. sobald trotz des Vorhandenseins jener bedingenden Beweise das Testament sich aus gleichviel welchem Grunde als ungültig erwies, von einer sec. tab. b. p. nicht mehr die Rede sein konnte, also die schon ertheilte als non data erschien, die noch zu ertheilende verweigert wurde.

Dieser Satz hat ursprünglich ganz ausnahmslos gegolten, und an ihn knüpfen sich nun die weiteren Ausdehnungen der sec. tab. b. p. an. Wenn auch der Prätor im Allgemeinen bei dem Satze stehen blieb, daß die Constatirung eines Nichtigkeitsgrundes des Testaments die sec. tab. zur non data mache oder ihre Ertheilung verhindere, so gab es doch einzelne Regeln im Civilrecht, von denen man sich gestehen mußte, daß sie gar zu streng seien. Sämmtliche Formvorschriften bei der Errichtung, ferner mancherlei Umstände, die um des Interesses anderer Personen willen bei einem Testamente in Betracht kamen, waren von dem Civilrechte alle gleichmäßig unter den strengen Satz gebracht worden, daß ihre Nichtberücksichtigung stets völlige Nichtigkeit bewirkte. Und wenn auch der Prätor gar nicht gemeint war, diesen Satz völlig zu verlassen, so konnten doch die Formfehler gar zu unbedeutend sein, es konnten Fälle vorkommen, wo die Personen, um derentwillen man die Nichtigkeit des Testamentes annahm, gar nicht mehr vorhanden waren, oder wenigstens keine

Ansprüche machten. Der letzte Wille war also doch noch immer unter genügenden Formalitäten errichtet worden; daß er nicht untergeschoben sei, daß er vom Erblasser wirklich herrühre, stand vollkommen fest, es stand auch nicht das Interesse Anderer im Wege. Was war daher natürlicher, als daß auch hier wieder der allgemeine favor testamentorum seine Wirkungen äußerte, daß man die vom Civilrecht vorgeschriebene Nichtigkeit für eine juris scrupulositas erklärte, und in solchen Fällen die Erbeinsetzung so gut wie die Nebenbestimmungen des Testaments aufrecht zu erhalten strebte? Hier lag nun wiederum nichts näher, als daß der Prätor es war, welcher das Civilrecht emendirte, d. h. daß er erklärte, wegen eines derartigen unbedeutenden Nichtigkeitsgrundes solle eine ertheilte sec. tab. b. p. nicht zur non data werden, so wie auch dessen Bekanntsein die Agnition nicht verhindern; m. a. W. aus einem nach den angegebenen Gründen nichtigen Testamente solle dennoch eine gültige sec. tab. b. p. agnoscirt werden dürfen.

Dies ist im Allgemeinen die Charakteristik dessen, was uns im Folgenden beschäftigen wird. Sie bedarf in doppelter Hinsicht der genaueren Untersuchung. Einmal nämlich haben wir die Testamentsfehler, bei denen der Prätor vom Civilrecht abwich, eben nur oberflächlich unter die beiden Gesichtspunkte gebracht, daß aus unbedeutenden Formmängeln, sowie aus dem Dazwischentreten anderer interessirter Personen, die dann doch später wieder weggefallen sind, der testamentarischen Succession kein Hinderniß erwachsen solle. Aus dieser äußerlichen Umschreibung ist aber noch nicht mit innerer Nothwendigkeit zu folgern, welche einzelnen Fälle der Prätor begünstigt habe. Offenbar kann hier aus der Natur der Sache gar nichts abgeleitet werden, es kommt lediglich auf die rein historische Untersuchung an, welche positive Fortbildung das Römische Recht in dieser Hinsicht erfahren habe. Die Quellen enthalten nun vier Fälle, in denen das Prätorische Recht die Gültigkeit des Testaments dem Civilrecht gegenüber anerkennt. In allen übrigen Fällen also läßt sich jedenfalls nicht beweisen, daß der Prätor von den Grundsätzen des Civilrechts abgewichen sei, denn eine Möglichkeit, daß der Prätor es recht gut habe thun

können, läßt sich immerhin in manchen Punkten gern zugeben, ist aber für die Frage, ob er es wirklich gethan hat, von keiner Bedeutung. Ueberdem aber kann es in den meisten Fällen, und gerade in denen, welche am ersten Zweifel zu erregen geeignet sind, entschieden bewiesen werden, daß wegen civiler Nichtigkeit des Testamentes gleichmäßig nach civilem wie Prätorischem Rechte die Unmöglichkeit der testamentarischen Succession anerkannt wurde.

Die folgende Darstellung muß aber ferner noch auf etwas Anderes Rücksicht nehmen. Ich sagte vorher bloß, daß der Prätor in den fraglichen vier Fällen die Gültigkeit der sec. tab. b. p. anerkannt habe. Aber damit ist noch nicht bestimmt, gegen welche Personen sie wirksam sein soll. Eine b. p. sine re ist auch eine gültige b. p., aber sie verliert durch das Auftreten des heres ihren effectus, ihre Wirksamkeit. In Beziehung hierauf werden wir nun im Folgenden finden, daß das Römische Recht zwei Schritte gethan hat, die auch nach den Entstehungsquellen genau zu scheiden sind. Den ersten Schritt that der Prätor, er bezieht sich gleichmäßig auf alle vier Fälle, aber er ist, rücksichtlich der Wirkung der schwächere, indem er nur den Charakter einer supplendi juris civilis gratia eingeführten Neuerung an sich trägt. Der zweite Schritt dagegen ist im Verhältniß zum bisherigen Civilrecht correctorisch, aber er ist in sich selbst ein civilrechtlicher, indem er auf kaiserlichen Rescripten ruht, welche direct in die vom Prätor eingeführte Gestalt der b. p. eingriffen. Er bezieht sich auch nur auf zwei von jenen vier Fällen, weßhalb dadurch das bisherige schwächere Prätorische Recht gar nicht ganz aufgehoben ist. — Ich werde danach die nachfolgende Entwickelung in zwei Theile trennen. Was ich hier mitzutheilen habe, entnehme ich den Hauptpunkten nach aus meiner früher erschienenen historia bonorum possessionis secundum tabulas (Cap. II. und III.), deren Resultate ich noch jetzt mit Ausnahme einiger Punkte für richtig halte. Wenn ich nicht den Zusammenhang dieses Werks völlig zerstören wollte, konnte ich es nicht unterlassen, das dort Gesagte in seinen Grundzügen und mit einigen Verbesserungen hier zu wiederholen.

I. Die Prätorischen Veränderungen in der sec. tab. b. p.

§. 105. Es ist von besonderem Werthe, daß Gaius uns hier eine so vollständige Quelle ist, wie wir dies eigentlich gar nicht erwarten konnten. Die rein prätorischen Veränderungen in der sec. tab. b. p. waren zu seiner Zeit theilweise bereits durch die späteren Kaiserrescripte umgestaltet. Nichtsdestoweniger aber theilt er die Prätorischen Regeln erst vollständig mit, und fügt dann besonders hinzu, was durch kaiserliche Bestimmung verändert worden sei. Glücklicherweise ist nun jenes Erstere ganz leserlich (II. 147—149), wogegen dann das Folgende nur so weit zu entziffern ist, daß wir sehen, es sei im §. 157. von dem Rescript des Antonin die Rede gewesen. Hievon aber hatte Gaius schon im §. 120. gesprochen, und an diesem Orte sind seine Worte vollkommen lesbar. Da wir nun außerdem von den Prätorischen Bestimmungen sowie den Kaiserrescripten auch noch in mehren Pandektenfragmenten bestätigende Nachrichten finden, so sind wir dadurch, wie ich glaube, in den Stand gesetzt, uns ein klares und vollständiges Bild der ganzen Rechtsentwicklung construiren zu können.

Ueber jene Prätorischen Bestimmungen sagt nun Gaius Folgendes. Er spricht nur von drei Fällen der vitiösen Testamente, und zwar offenbar nicht bloß als zufällig gewählten Beispielen, sondern seine öftere Wiederholung derselben, die auch überdies mit einer Stelle Ulpians übereinstimmt, zeigt deutlich, daß die Regel des Prätorischen Edictes, welche er hier vorträgt, sich lediglich auf diese Fälle bezog. Den vierten Fall, in dem wir allerdings noch ein Abweichen des Prätors vom Civilrecht anzuerkennen haben, werden wir dann hinterdrein noch einer abgesonderten Prüfung unterwerfen, und dabei finden, daß er ganz mit Recht von Gaius hier nicht mit den anderen dreien auf dieselbe Stufe gestellt werden konnte. Von diesen dreien spricht nun Gaius zuerst ganz denselben allgemeinen Satz aus, den ich schon im vorigen § hervorgehoben habe, nämlich, wenn gleich das Testament nach Civilrecht ungültig sei, so sei es doch damit nicht ganz unwirksam, sondern es könne eine gültige b. p. daraus agnoscirt werden.

II. 147. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jure facta sunt, vel jure facta postea irrita facta, aut rupta sunt; nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit [1]).

Also wenn nur die bedingenden Beweise der **sec. tab. b. p.** vorliegen, so giebt der Prätor jedenfalls eine **sec. tab. b. p.**, wenn es gleich ganz entschieden ist, daß das Testament **non jure factum, irritum** oder **ruptum** sei, und natürlich kann daher auch, wenn hinterdrein diese Fehler zu Tage kommen, dies der einmal ertheilten **b. p.** keinen Eintrag thun. Dies ist eben das Unterscheidende, von den Wirkungen, welche abgesehen von diesen drei Fällen, das Bekanntwerden eines Nichtigkeitsgrundes deß Testaments hervorruft. Wir brauchen nur diese Stellen des Gaius und Ulpian mit dem Band I. S. 185. citirten Fragmente zu vergleichen, um davon völlig überzeugt zu werden. Dort heißt es, trotz des Vorhandenseins der bedingenden Beweise: **sec tab. b. p. dari non potest**, also wenn der vernichtende Beweis vorliegt, so folgt daraus die Unmöglichkeit der **b. p.**, hier sagen die Juristen umgekehrt **b. p. datur, peti potest**, mithin soll, sobald nur die bedingenden Beweise vorliegen, die unbezweifelte civilrechtliche Nichtigkeit des Testaments kein Hinderungsgrund der **b. p.** sein.

Der neue Prätorische Rechtssatz ist also: daß die Gründe, wonach das Testament als **non jure factum, irritum** und **ruptum** erschien, nicht mehr wie früher als vernichtende Beweise der **sec. tab. b. p.** gelten sollten, er wollte mithin die

1) Dasselbe sagt Ulpian XXIII. 6.: **Si septem signis testium signatum sit testamentum**, (also wenn auch im Uebrigen das Testament **non jure factum** ist, wie dies Ulpian an einer anderen Stelle XXVIII. 6. noch deutlicher angiebt), **licet jure civili ruptum vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredis juxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus et suae potestatis, cum moreretur, fuit.**

testamentarische Succession in diesen Fällen als eine gültige betrachtet wissen, m. a. W. er erklärte hier das civilrechtlich nichtige Testament für ein prätorisch gültiges.

Dies aber heißt an und für sich noch nichts weiter, als daß das Testament nicht mehr wie bisher eine in sich selbst absolut ungültige Urkunde sein solle. Es wäre denkbar, daß der Prätor nur, wenn die bona sonst vacantia werden würden, die Wirksamkeit des Testaments habe anerkennen wollen. Denn im Bisherigen liegt lediglich, daß der Prätor verspricht, er wolle nicht schon deßhalb, weil das Testament in sich selbst nichtig sei, den Institutirten vertreiben. Der Satz ist also seinem Sinne nach rein negativ, wie weit sich nun die Wirkungen des aufrecht erhaltenen Testamentes anderen Personen gegenüber erstrecken sollen, welche aus dessen Nichtigkeit Erbansprüche ableiten, ist damit noch nicht gesagt. Dies bestimmen denn auch beide Juristen, Gaius und Ulpian, in den angeführten Stellen gleich noch genauer. Ulpian setzt nur kurz hinzu:

> quam bonorum possessionem cum re, id est, cum effectu habet, si nemo alius jure heres sit.

Wir sehen hieraus schon, daß der Prätor doch weiter ging, als was seine Bestimmung im schwächsten Sinne, der sich denken läßt, heißen könnte. Der Eingesetzte soll nicht bloß, wenn sonst die bona vacantia sein würden, im Vermögen geschützt werden, er soll es vielmehr stets behalten, wenn nur nicht ein heres ex jure (civili) vorhanden ist, und (das haben wir natürlicher Weise hinzuzudenken) Ansprüche macht. Gaius spricht dies noch viel weitläuftiger und deutlicher aus:

> II. 148. Qui secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non jure factae sint, aut jure factae postea ruptae vel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem obtinere, habebunt bonorum possessionem cum re, si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt b. p. sine re. §. 149. Nam si quis heres jure civili institutus sit vel ex primo vel ex posteriore testamento, vel ab intestato jure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avo-

care: si vero nemo sit alius jure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt.

Also die Civilerben (testamentarische wie Intestaterben) sind es allein, welche dem in dem vitiösen Testament Eingesetzten das Vermögen wegnehmen können, abgesehen davon aber behandelt der Prätor es als ein gültiges Testament. Hieraus geht hervor, von wie großer Bedeutung die Rechtsänderung ist, die wir den Prätor hier vornehmen sehen. Sie unterscheidet sich von dem bisherigen Recht ganz nach den Regeln, wie sich nach unserer früheren Entwicklung (Bd. I. S. 227.) die **b. p. quae data non intelligitur** und die **b. p. sine re** einander gegenüber stehen. Früher fiel, wie bei allen anderen Testamentsmängeln, so auch bei dem **test. non jure fact., irritum,** und **ruptum,** die **b. p. sec. tab.,** auch wenn dadurch die **bona vacantia** wurden, schon in sich selbst zusammen, sobald das **vitium** offenbar wurde; es konnte also jedenfalls wie bei jeder nichtigen **b. p.,** von einer vorhandenen folgenden Klasse **b. p.** agnoscirt werden, es waren gar nicht bloß die Civilerben, sondern auch Cognaten und Ehegatten, welche an die Stelle des Instituirten treten konnten. Jetzt aber, wo die **sec. tab. b. p.** als eine an und für sich gültige angenommen wird, kann nie der Eingesetzte ohne das entschiedene Auftreten anderer Erbberechtigter removirt werden, dies können auch nur die sein, welche im einzelnen Fall das Civilrecht ruft, also die Cognaten und Ehegatten sind stets ausgeschlossen, und endlich können die Civilerben ihr Recht, da einmal eine gültige **b. p.** an den Instituirten als ertheilt angenommen wird, nur noch durch **hereditatis petitio,** nicht mehr durch eigene Agnition der **b. p.** geltend machen. Die Worte des Gaius beweisen dies ohne alle Frage.

Wir können uns hiernach das Verhältniß, in welches der neue Rechtssatz zu dem bisherigen System der Prätorischen Erbklassen trat, folgendermaßen verdeutlichen. Die Reihenfolge, nach der sich die Berechtigung zum Behalten der Erbschaft richtet, ist:

1) **contra tabulas b. p.**

2) **secundum tabulas** (**jure factas,** d. h. die Klasse, deren Bedeutung durch unsere Prätorische Rechtsänderung gar nicht verändert wurde).

3) **unde liberi**, und **unde legitimi.**

4) **secundum tabulas non jure factas, irritas, ruptas.**

5) **unde cognati** und **vir et uxor.**

Diese Reihenfolge konnte aber erklärlicher Weise nicht zugleich die der Fristen sein, in denen diese **bonorum possessiones** agnoscirt werden, vielmehr mußte in dieser Hinsicht die bisherige Klasse der **sec. tab. b. p.** mit der neuen für die drei vitiösen Testamentsfälle geschaffenen äußerlich ein einziges Ganzes darbieten, so daß es den Anschein hat, daß die vom Prätor aufrechterhaltenen Testamente, die doch der Berechtigung nach hinter den **legitimi** stehen, ihnen voraufgingen, was auch in so weit richtig ist, daß allerdings keine der vier Intestatklassen nach einmal agnoscirter **sec. tab.** die **b. p.** mehr erhalten kann.

Die Grundsätze der bedingenden und vernichtenden Beweise bei der **sec. tab.** führten dies von selbst mit sich. Bei der Ertheilung der **b. p.** steht ein Testament, das völlig gültig ist, dem mit einem jener drei Fehler *behafteten* vollkommen gleich. Es wird, wenn letztere bekannt sind, ebenso wie aus einem völlig gültigen Testament die **b. p.** in Folge der bedingenden Beweise gegeben, weil jene drei Fehler nicht mehr als vernichtende Beweise gelten, während alle anderen **vitia** des Testamentes, die schon constatirt sind, von Anfang an ein Hinderniß der Agnition bilden. Falls aber erst nach der Erbittung der Testamentsfehler zu Tage kommt, so tritt nun der große Unterschied zwischen der alten **sec. tab. b. p.** aus einem gültigen Testamente und der neuen aus jenen vitiösen Testamenten ein. Jene ist nicht bloß ein Hinderniß aller weiteren Ertheilung der **b. p.** an die folgenden Klassen, sondern auch aller Geltendmachung des Civilrechts mittelst der **her. pet.** Diese dagegen enthält lediglich ein Hinderniß der weiteren Ertheilung der **b. p.**, denn es ist ja nur der Prätor, welcher diese Testamente für gültig erklärt, ohne damit dem Recht des **heres** zu nahe treten zu wollen. Diese **jure praetorio** gültigen Testamente sind also freilich von den übrigen civilrechtlich vitiösen Testamenten genau geschieden, denn letztere haben auch nach Prätorischen Grundsätzen gar keine Wirkung, erstere dagegen schließen alle die aus, welche lediglich nach

Prätorischem Recht Erbansprüche haben (also unde liberi, cognati und vir et uxor). Ferner bewirken sie auch, als Prätorisch gültige Testamente, daß die Civilklassen, welche hinter der testamentarischen gerufen werden (also unde legitimi), auf die bon. poss. keinen Anspruch mehr haben können. Aber weiter geht auch ihr Recht nicht; weil das Testament, worauf sie sich stützen, civilrechtlich ungültig ist, und der Prätor gar nicht die Absicht hat, correctorisch gegen das Civilrecht aufzutreten, so folgt, daß nicht allein jeder in einem gültigen Testament Eingesetzte, sondern auch in dessen Ermangelung der suus oder sonst der proximus agnatus sein civiles Recht d. h. die her. petitio, mit Erfolg gegen sie durchsetzen kann, also der inneren Berechtigung nach stehen die vitiösen Testamente hinter den legitimi.

Die Prätorische Rechtsänderung können wir hiernach sehr einfach so charakterisiren: der Prätor erklärt einzelne nach einer reinen juris scrupulositas ungültige Testamente für gültig, aber er thut dies doch nur supplendi oder emendandi juris civilis gratia [2]), d. h. er stellt das Recht der darin Eingesetzten vor Alle, welche ab intestato ein Prätorisches Erbrecht haben, aber hinter Alle, die vom Civilrecht gerufen werden. —

Werfen wir nun noch einen Blick auf das im ersten Bande S. 225. angegebene Princip, nach dem die b. p. sine re zu beurtheilen ist, und prüfen wir, wie sich der neue Prätorische Rechtssatz damit vereinigt. Fabricius [3]) hat gerade wegen der in der b. p. sec. tab. vorgegangenen Rechtsänderungen das früher von Hugo aufgestellte Princip umzuwerfen und das entgegengesetzte an die Stelle zu setzen versucht. Bei der Frage, ob der heres die b. p. zur sine re machen könne, komme es nicht darauf an, ob er in der Prätorischen Klassenfolge vor dem gerufen sei, welcher die b. p. agnoscirt hat, sondern es müsse überhaupt immer die b. p. der hereditas weichen, und es seien davon nur einzelne Ausnahmen (die b. p. c. t., unde liberi, und die nachher noch weiter zu er-

2) Dies stimmt also von Neuem mit dem §. 68. Note 5. am Ende Gesagten überein.

3) B. p. S. 208. f. auch v. Vangerow Leitfaden §. 399.

örternden Fälle der durch Kaiserrescripte veränderten sec. tab. b. p.) zu statuiren.

Wir müssen aber bei dieser Frage ganz vorzüglich im Auge behalten, worauf es eigentlich hauptsächlich ankommt, damit wir uns davor bewahren, daß der Streit nicht in einen leeren Wortstreit ausarte. Wenn wir nämlich für das Verhältniß der hereditas zur b. p. ein Princip aufstellen wollen, so müssen wir nur bedenken, daß wir nicht nach einer Regel zu suchen haben, welche auch schon der den Prätor selbst einzig leitende Gesichtspunkt gewesen wäre, wonach bei den Römern die b. p. entweder cum re oder sine re war. Vielmehr geht aus meiner bisherigen Darstellung der verschiedenen Klassen wohl zur Genüge hervor, daß das Verhältniß der einzelnen Prätorischen Klassen zum heres auf sehr verschiedenen Gründen ruht, daß also, wenn man ein Princip dafür aufstellen will, dies zu nichts Anderem geschehen kann, als etwa um dem Lernenden eine kurze Regel an die Hand zu geben, wonach er sich die einzelnen Fälle leicht construiren könne, nicht aber um damit den Grund zu gewinnen, welcher die Sache selbst hervorrief.

B. p. sine re ist eine gültige b. p., welche aber durch die her. petitio des heres den effectus verliert. Nun fragt sich weiter, wann diese her. pet. zugelassen werde? In allen den Fällen, wo der Prätor nur emendandi juris civilis gratia die b. p. gab, (also wenn, beim Vorhandensein eines heres, einer späteren Civilklasse, oder einer späteren rein Prätorischen, oder aus einem jener drei vitiösen Testamente die b. p. ertheilt wird), will ja eben der Prätor nichts weiter, als die Erbschaft ohne Verletzung des Rechts des heres reguliren, also hier kann die b. p. zur sine re werden. Dagegen bei den correctorischen Klassen will der Prätor mehr, er beabsichtigt den b. possessor allen oder gewissen heredes voranzustellen, und deßhalb ist die b. p. gegen diese cum re. Nun kann man allerdings, wenn man das gern will, sagen: regelmäßig gehe der heres dem b. possessor vor, aber ausnahmsweise (nämlich bei den correctorischen Klassen) sei es umgekehrt. Wenn man damit nichts Anderes sagen will, als daß der Hauptcharakter der b. p. Emendation und nicht Cor-

rection des Civilrechts sei, so ist Nichts dagegen einzuwenden. Aber in der Art, wie Fabricius die Sache hinstellt, liegt mehr, und dies Mehr ist eben unrichtig. Er meint, der Prätor habe nicht correctorisch gegen das Civilrecht auftreten können, es sei also eine innere Nothwendigkeit, daß wo die b. p. einem non heres gegeben werde, sie vom heres zur sine re gemacht werden müsse, und eben deßhalb beweise der Satz, daß die b. p. aus einem jener vitiösen Testamente gegen die legitimi sine re sei, von Neuem, daß auch die b. p. c. t. und unde liberi nur durch kaiserliche Autorität eingeführt sein könne (S. 144.). Damit also macht er seine Regel über das Verhältniß der b. p. zur hereditas aus einer bloß um des kurzen Verständnisses willen aufgestellten, zu einem inneren Princip, welches der Sache selbst zum Grunde liegen soll. Ebendeßhalb aber ist sie verderblich, sie muß, auf einen Irrthum gebaut, auch wieder die Quelle neuer Irrthümer werden [4]).

Und so ist es bei weitem räthlicher, bei dem Hugoschen Principe zu bleiben, weil es die inneren Gründe der Sache nicht beeinträchtigt. Es kommt darauf an, welche Reihenfolge der Prätor den einzelnen Klassen anweist. Die Ordnung, in der die Klassen des Civilrechts stehen, ist eben die des Ci-

4) Fabricius macht auf S. 208. den offenbaren Fehler, daß er sagt, gegen die b. p. unde liberi werde (abgesehen von Ausnahmen, die uns hier nicht interessiren) dem heres die her. pet. immer ganz und gar verweigert. Wenn ein gültiges Testament bestand, in dem ein emancipatus präterirt war, so hat, falls dieser nach verstrichenem Fristenlauf der c. t. und sec. tab. die b. p. unde liberi agnoscirte, der scriptus heres jedenfalls gegen ihn die her. pet. fr. 2. si tab. test. null. Ebenso ist es auch nicht richtig, wenn Fabricius S. 109. sagt: Der Civilerbe, der zur c. t. gerufen sei, schließe stets den Eingesetzten aus, welcher sec. tab. b. p. erbeten habe. Freilich schließt er ihn in gewissen Fällen aus, aber dies ist nicht nach den Grundsätzen der b. p. sine re zu beurtheilen, sondern die b. p. sec. tab. wird bei der Präterition eines filius suus oder postumus gar nicht ertheilt, oder gilt als non data. Dagegen wenn man unter dem Civilerben einen präterirten Accrescenzerben versteht, so findet gar keine völlige Ausschließung des scriptus heres statt.

vilrechts selbst, der Prätor wollte hier nichts Anderes thun, als nur eine successio unter ihnen einführen; bei den suppletorischen Klassen wollte er nur hinterdrein Jemanden rufen, ne quis, wenn der heres fehlte, sine successore moriatur; bei den correctorischen aber wollte er, (und daß er es durfte, haben wir wohl genügend bewiesen) gewisse Personen dem heres voraussetzen. Also mag nun der Prätor sich dem Civilrecht angeschlossen, mag er darüber hinaus Bestimmungen getroffen, mag er endlich dem Civilrecht widersprochen haben, so ist es doch jedenfalls das Einfachste, alle diese drei Arten von Erbklassen unter dem einen Gesichtspunkte zusammenzufassen, daß nach der Prätorischen Reihenfolge das Verhältniß des b. possessor zum heres sich stets beurtheilen lasse. Die b. p. nun aus jenen drei Fällen der vitiösen Testamente macht dabei gar keine Schwierigkeit. Auch sie ist nur suppletorisch gegeben. Sie hat freilich die wichtige Bedeutung, daß nach ihrer Ertheilung Niemandem, weder den folgenden Prätorischen noch den Civilklassen, eine b. p. mehr gegeben werden kann, aber das Civilrecht des heres sollte dadurch gar nicht afficirt werden, sie steht also ihrer inneren Bedeutung nach, auch in der Prätorischen Reihenfolge hinter den legitimi.

Allerdings bietet daher diese b. p. aus vitiösen Testamenten etwas Eigenthümliches dar, was sich im ganzen System der b. p. sonst nicht findet. Im Uebrigen ist es nämlich allgemeine Regel, daß der Prätor der Civilklasse, welche er für besser berechtigt zur Erbschaft erklärt als eine rein Prätorische, nicht bloß erlaubt, ihr Civilrecht gegen Letztere geltend zu machen, sondern daß er ihr auch schon vorher die b. p. selbst anbietet, damit der heres die Möglichkeit habe, auch ohne die Weitläuftigkeiten eines Erbschaftsprocesses den Besitz des Vermögens zu erlangen und die folgende Klasse auszuschließen. Nur wenn er die Agnition versäumt, bleibt ihm dann nichts weiter übrig, als durch die her. pet. die folgende Klasse, welche die b. p. erbeten hat, zu vertreiben. So ist es hier nun freilich nicht, aber es versteht sich von selbst, daß es hier nicht so sein konnte. Wenn das Testament ein völlig gültiges ist, so ist ja der Eingesetzte der heres, die legitimi sind nicht heredes; und so muß natürlich die Agnitionsfrist der sec.

tab. stets vor sämmtlichen Intestatklassen stehen bleiben. Ist aber das Testament mit einem jener Fehler behaftet, über die fortan der Prätor hinwegsehen zu wollen erklärt, so wußte er dies ja in sehr vielen Fällen bei der Ertheilung der b. p. noch gar nicht, denn durch die bedingenden Beweise wird es gar nicht an den Tag gebracht. Jedenfalls aber, mogte er es schon wissen oder mogte er es später erfahren, so hat er ja das Testament für ein Prätorisch gültiges erklärt, er würde sich also widersprechen, wenn er nun doch eine b. p. ab intestato noch ertheilen wollte. Also eine Prätorische Intestatsuccession ist undenkbar. Aber das Testament ist nach Civilrecht nichtig, und der Prätor hat, obgleich er es an sich sehr wohl gekonnt hätte, nie die Absicht gehabt, correctorisch hiergegen aufzutreten, also er erkennt die civilrechtliche Intestatsuccession vollkommen an, d. h. er räumt den vitiösen Testamenten erst hinter den legitimi ein dauerndes Recht auf die Erbschaft ein. Aber aus dem Gesagten folgt zur Genüge, daß das Mittel, wodurch die legitimi den Eingesetzten ausschließen, lediglich die her. petitio [5]), nicht eine vorher ihnen deferirte b. p. sein kann.

§. 106. Das Wesen des neuen Prätorischen Rechtssatzes ist hiemit im Allgemeinen bestimmt. Wir müssen stets vor Augen haben, daß es sich hier um eine ganz neue Bestimmung handelt, die in der ursprünglichen Gestalt der sec. tab. b. p., wie sie auch noch fortwährend bestehen blieb [1]), gar nicht enthalten ist, sondern als etwas Selbständiges daneben tritt, und die Basis bildet, auf der sich in der Folge eine

---

5) Oder (wie wir allerdings noch hinzusetzen müssen) eine exceptio gegen die Klage (das Interdict) des b. possessor. Es kann dies erst weiter unten bewiesen werden. s. §. 107. Note 4.

1) Gai. III. 36. Si jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

Reihe von wichtigen Rechtsänderungen entwickelte. Der Grund, daß man dies verkannt hat, und dadurch zu so mancherlei Irrthümern verleitet worden ist, liegt in der unrichtigen Auffassung der bei der sec. tab. b. p. bestehenden **bedingenden** Beweise. Man meinte, wenn diesen nur genügt sei, so bestehe stets eine **gültige** b. p. [2]), die nur noch durch die her. pet. des heres zur sine re werden könne. Nach meiner Darstellung der sec. tab. b. p. im ersten Bande müssen wir dagegen umgekehrt an und für sich jeden Vernichtungsgrund des Testaments auch für einen Hinderungsgrund der sec. tab. annehmen, und nun erst genauer nachforschen, in welchen einzelnen Fällen die Quellen trotz der Nichtigkeit des Testaments die Gültigkeit der b. p. anerkennen. Diese aber lagen dann nicht schon in dem allgemeinen Edicte über die sec. tab. b. p., sondern es muß sich ein ganz eigener Passus im Edicte auf sie bezogen haben.

Daher können wir über die Einführungszeit des Rechtssatzes wenigstens soviel sagen, daß er zu Cicero's Zeit, aus der wir ja das damalige Edict über die sec. tab. b. p. kennen, noch nicht bestanden haben kann. Wir finden in den oben mitgetheilten Edictsworten gar keine Spur davon, überdem gab es damals noch nicht den zweiten bedingenden Beweis, welchen der Prätor der Vorzeigung des äußerlich gültigen Mancipationstestamentes hinzufügte, nämlich daß der Testator als civis Romanus und suae potestatis gestorben sei. Wir werden aber sehen, daß sich die beiden Fälle des non jure factum und irritum testamentum sehr genau an die beiden bedingenden Beweise anschließen, und jedenfalls das irritum testamentum nicht eher den Prätorischen Schutz erhalten haben kann, als jener zweite bedingende Beweis aufgestellt war. Von der anderen Seite aber darf die Prätorische Rechtsänderung auch wohl nicht später als Hadrian gesetzt werden, wenigstens mußte sie bereits für das ruptum testamentum beste-

---

2) Nur in sehr singulären Fällen erkennt Fabricius (S. 207.) eine b. p. quae data non intelligitur an; und es wird gar kein Grund angegeben, woraus gerade diese Fälle, und nur diese sich erklären sollen.

hen, denn dieser Fall wurde unter dem genannten Kaiser schon weiterer Ausbildung unterworfen. —

Sehen wir jetzt genauer auf die Prüfung der Fälle ein, welche Gaius unter den drei Ausdrücken non jure factum, irritum und ruptum testamentum verstanden hat. Er sagt uns (II, 146.) ausdrücklich, daß er sie, im Gegensatz zu vielen anderen Ausdrücken, welche die Nichtigkeit des Testamentes bezeichnen, in einem technischen Sinne nehmen, und welcher dies sei, läßt sich auch mit voller Sicherheit bestimmen.

1. **Das testamentum ab initio non jure factum.** Hierunter ist ein in den Formen mangelhaftes Testament verstanden[3]), aber es ist natürlich nicht daran zu denken, daß der Prätor alle möglichen Formen des damals allein geltenden Mancipationstestaments für unnöthig erklärt habe. Nur ist die Frage, wie weit er hierin gegangen sei.

Zuerst sieht man aus dem einen der bedingenden Beweise, welcher bei Erbittung der sec. tab. geliefert wurde, daß der Prätor an den Haupterfordernissen des Mancipationstestamentes fortwährend festgehalten hat. Ohne die Besiegelung von Seiten der sieben Solennitätspersonen wurde gar keine sec. tab. b. p. gegeben. Aber sollen wir nun annehmen, daß der Prätor alle übrigen Formmängel, welche bisher vernichtende Beweise gewesen waren, insgesammt von jetzt an nicht mehr berücksichtigt habe; also stets, sobald nur der angegebene bedingende Beweis geliefert war, das Testament als non jure factum des vorher angeführten Prätorischen Schutzes theilhaftig geworden wäre? Ich glaube dies keineswegs. Alsdann wäre ja auch, wenn es lediglich einer Urkunde mit sieben Sie-

3) Fr. 1. de inj. rupt. fr. 47. de her. pet. fr. 6. pr. de lege Corn. de falsis. — Dies wird wohl Niemand mehr bezweifeln. s. Fabricius. S. 115. — Die Römer nennen es auch häufig technisch **imperfectum** testamentum. fr. 23. qui test. fac. poss. Si testamentum, quod resignaverit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis, **non erit imperfectum** (d. h. „so ist dies **nicht bloß** ein nach Prätorischem Rechte geltendes Testament", — denn das war es doch jedenfalls), **sed utroque jure valebit tam civili, quam praetorio.** s. auch fr. 3. de test. mil.

geln bedurft hätte, das Erforderniß der Gegenwart von sieben verschiedenen Personen bei der Testamentserrichtung, die Vorschriften über die Fähigkeit dieser Zeugen, über die unitas actus hinweggefallen. Ein Erblasser hätte dann selbst, oder mit Hülfe eines einzigen Zeugen eine Urkunde mit sieben verschiedenen Siegeln und Namen versehen können, und doch wäre daraus eine vollkommen gültige sec. tab. b. p. ertheilt worden. Mir scheint dies ganz undenkbar. Die Prätorische Vorschrift, das Testament solle mit sieben Siegeln versehen sein, kann doch nur so verstanden werden, daß überhaupt die ganze Thätigkeit der sieben Personen, deren äußerer jetzt noch erkennbarer Ueberrest ihr Name und Siegel ist, so bei der Errichtung des Testaments vorausgesetzt werde, als das positive Recht es vorschreibt. Also es müssen sieben fähige Personen hier unterzeichnet haben, das ganze Geschäft muß, wie es nun einmal bei allen Testamenten Regel ist, in einem ununterbrochenen Acte beendet worden sein. Hieraus folgt, daß die angegebenen Formfehler noch fortwährend, sobald sie bekannt wurden, ein Hinderniß oder ein Vernichtungsgrund für die sec. tab. b. p. gewesen sein müssen; m. a. W. daß sie nach wie vor den Charakter der vernichtenden Beweise behalten haben, und sich hierauf der Prätorische Schutz des non jure factum testamentum gar nicht bezieht.

Vollständig scheint mir dies aus Folgendem hervorzugehen. Das testamentum non jure factum, wie es anfangs bei seiner noch immer sehr beschränkten Bedeutung genannt wurde, wuchs nach und nach unter dem Namen des Prätorischen Testaments zu einer eigenen selbständigen Testamentsform empor, und wurde, wie wir sehen werden, in der Justinianeischen Compilation zum durchaus vorherrschenden Rechte. Bei diesem ist es aber nie bezweifelt worden, daß die Regeln über Zahl und Fähigkeit der Zeugen sowie über unitas actus durchaus in Anwendung kämen; was daher jedenfalls im Anfange bei der sec. tab. b. p. gegolten hat, und am Ende auch wieder bei dem Prätorischen Testamente hervortritt, dürfen wir auch nicht in der Zwischenzeit als verschwunden annehmen, wofern nicht etwa ausdrückliche Quellenzeugnisse entgegenständen, was aber hier gar nicht der Fall ist. Im Ge-

gentheil weist uns die Darstellung der Römischen Juristen sehr deutlich darauf hin, daß der Schutz des non jure factum testamentum sich lediglich auf die geringeren und unbedeutenderen Formfehler bezieht. So sagt Ulpian XXVIII. 6:

Etiamsi jure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis, bonorum possessio datur.

Daß der Prätor auf die Zahl und Fähigkeit der einzelnen Zeugen sieht, wird hiedurch ganz entschieden bewiesen. Sie sollten cives Romani sein, ein Satz, der bis in die spätesten Zeiten beim Prätorischen Testament bestehen blieb. Also jedenfalls, wenn es keine cives Romani waren, so meint Ulpian: non datur b. p., ebensogut wie wenn es sich herausstellte, daß weniger als sieben Zeugen gegenwärtig gewesen seien [4]). Und was von der Zahl und Fähigkeit der Zeugen ausdrücklich bestätigt wird, könnte man nur mit der höchsten Willkührlichkeit auch von der unitas actus läugnen wollen [5]).

Dagegen die unbedeutenderen Formfehler, wie die Auslassung der familiae mancipatio oder nuncupatio sollen der

4) Noch für einen andern Fall der Unfähigkeit wird dies vollständig bewiesen durch fr. 14. de testibus (Pap.) Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus? Et sane justo testimonii officio ei interdicitur. Existimo ergo neque jure civili testamentum valere, ad quod hujusmodi testis processit, neque jure Praetorio, quod jus civile subsequitur, ut neque hereditas adiri, neque bonorum possessio dari possit.

5) Es gab also noch immer Fälle des non jure factum testamentum, wo der Eingesetzte gegen Niemanden, auch nicht gegen die Cognaten, die Erbschaft obtiniren kann. Dies bestätigt ein Rescript des Pius in fr. 5. §. 1. de his quae ut indign. — De eo, qui legatum accepit, si neget jure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: „Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is ejus conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et jure intestati ad eos cognatos pertineat (vorausgesetzt, daß sie auch die b. p. agnosciren), petere hereditatem ipso jure poterunt.

Ertheilung der sec. tab. b. p. nicht im Wege stehen. Daß dies nur einzelne Beispiele sind, sehen wir schon aus dem Worte forte: und was wir nun in der That noch ferner hieher zu zählen haben, erhellt aus der viel weitläuftigeren Darstellung, worin Gaius II. 115—122 die Vorschriften des Civilrechts den milderen Prätorischen gegenüberstellt. Im §. 119. und 121. erwähnt er ebenso wie Ulpian die Auslassung der familiae mancipatio und der nuncupatio, daran knüpft er im §. 122. noch den Satz, daß die Frauen, während sie nach Civilrecht ohne Zuziehung des Tutors stets inutiliter testiren (§. 118.), nach Prätorischem Rechte dieser Beschränkung überhoben sind. Ebenso haben wir aber auch wohl anzunehmen, daß der Prätor die solennis institutio, wovon Gaius gleich vorher im §. 117 spricht, nicht weiter verlangte. Wenn er die verba mancipationis nicht mehr erforderte, so wird er es auch für gleichgültig erklärt haben, ob im Testamente stand: Titius heres esto, Titium heredem esse jubeo, oder weniger solenn: Titium heredem esse volo, heredem instituo, heredem facio.

Der Schutz also dieses, wegen der unbedeutendern Formfehler ungültigen Testamentes, war, daß der Eingesetzte das Vermögen behalten darf, wenn kein Civilerbe vorhanden ist. Dies kann sein

a. ein testamentarischer, d. h. ein in einem vollkommen gültigen Civiltestamente Eingesetzter. Gaius erwähnt ihn II. 149 ausdrücklich. Das Testament kann ein späteres sein, dann wird das non jure factum auch außerdem völlig rumpirt, es kann ein früheres sein, welches nun durch das spätere non jure factum keineswegs als rumpirt erscheint; und wenn also aus letzterem die sec. tab. b. p. ertheilt worden ist, so kann diese noch immer durch die her. pet. des im jure factum testamentum Instituirten zur sine re werden.

Hiebei erhebt sich aber die Frage, ob denn nicht der im früheren gültigen Testament Eingesetzte auch gleich sec. tab. b. p. erbitten, und so den im non jure factum Instituirten von vorn herein ausschließen konnte. In den Quellen wird dies nicht speciell besprochen; Gaius denkt sich freilich die b. p. als aus dem späteren Testamente ertheilt, aber er sagt nicht,

ob er meint, der im früheren Testamente Instituirte könne sie gar nicht erhalten, oder er habe sie nur zu agnosciren versäumt. Folgendes scheint mir hier entscheidend. Der Prätor stellt als allgemeine Regel für die Ertheilung der b. p. den Satz auf, daß es die supremae tabulae sein müßten (Bd. I. S. 179), also wenn in der Frist der sec. tab. b. p. zwei sich auf verschiedene Testamente Stützende erschienen, so wurde allein die b. p. aus dem letzten Testament als gültig angesehen. Bei der Ertheilung nun wird es ja noch gar nicht untersucht, ob z. B. die mancipatio familiae vorgenommen worden sei oder nicht, weil dies nicht zu den bedingenden Beweisen gehört. Der Prätor weiß also noch gar nicht, daß (wie wir es hier voraussetzen) das erste Testament ein jure factum, das zweite dagegen ein non jure factum sei. Regelmäßig also muß er stets lediglich aus letzterem die b. p. gegeben haben, und dem institutus des ersteren blieb nur die her. pet. übrig. Dagegen dürfen wir dies nicht für etwas ganz Unwandelbares halten. Wenn es schon entschieden bekannt war, das erste Testament sei jure civili gültig, das zweite dagegen ungültig, und ferner bereits feststand, daß der zuerst Eingesetzte die Erbschaft in Anspruch nehmen würde und die hereditatis aditio schon vorgenommen habe, so wird der Prätor ebenso wenig noch eine sec. tab. b. p. ertheilt haben, als er, wenn schon die scripti angetreten haben, noch eine b. p. unde liberi giebt (Bd. I. S. 237). Er würde hier etwas ganz Unnützes, im Gegentheil die Erbschaftsregulirung Verweitläuftigendes thun, und das wäre ein Mißbrauch des Instituts der b. p. gewesen sein. Daher konnte nun auch der in dem ersten Testament Eingesetzte, wenn die Frist noch lief, die sec. tab. b. p. erhalten.

b. Wenn kein testamentarischer Civilerbe vorhanden ist, so darf auch der Civilintestaterbe, also selbst der exheredirte suus, und in Ermangelung der sui der proximus agnatus den sec. tab. b. possessor vom Vermögen verdrängen. Aber hier kann dies auf alle Fälle nur durch die her. pet. oder exceptio (s. §. 105. Note 5) geschehen, eine gleich anfängliche Ausschließung des Instituirten von der b. p. sec. tab. ist, wie wir oben gesehen haben, durchaus nicht denkbar. Von

diesem Auftreten des Intestaterben spricht Gaius II. 149 neben dem testamentarischen Erben, während er im §. 119. lediglich Ersteren hervorhebt:

> Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur: et si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem juris est et si alia ex causa (d. h. nicht bloß wenn die Frau ohne Tutor testirte, wovon im §. 118. die Rede war) testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.

Das si nemo sit, ad quem ab intestato pertineat hereditas, läßt sich in drei Fälle zerlegen. Erstens wenn in der That gar kein Civilerbe vorhanden ist, zweitens wenn er da ist, aber dem b. possessor die Erbschaft nicht evinciren will, drittens wenn der b. possessor selbst der nächste civile Intestaterbe ist. Im letzteren Fall ist die Aufrechthaltung des Testaments, welche der Prätor vorschreibt, gar nicht zu Gunsten des Eingesetzten, wohl aber der Vermächtnißnehmer. Da überhaupt, wie jedes Testament, so auch das non jure factum ebensowohl um Letzterer als um der Ersteren willen geschützt wird, so muß dies nun auch festgehalten werden, wo das Interesse des Instituirten eher die Intestatsuccession herbeiführen mögte.

§. 107. — 2. Das testamentum jure factum, postea irritum factum [1]). Dies hängt mit dem zweiten

---

1) Daß sich dieser Fall auf die Vernichtung des Testaments durch spätere cap. dim. des Testators bezieht, ist ebensowenig zweifelhaft, wie die technische Bedeutung des non jure factum testamentum. Die noch mitzutheilenden Worte des Gaius beweisen es vollkommen, s. auch Gai. II. 145 und 149 im Anf. In einem nicht technischen Sinne wird das Wort in fr. 1. de inj. rupt. genommen. — Die Bedeutung des Falles, wenn das Testament zugleich non jure factum

bedingenden Beweise der sec. tab. b. p. genau zusammen. Dadurch war nämlich der Fall ausgeschlossen, daß der Testator nach Errichtung des Testaments eine der drei capitis diminutiones erlitt, und in diesem Zustande verstarb, denn zur Erlangung der b. p. gehörte ja der Beweis, daß der Erblasser als civis Romanus und suae potestatis gestorben sei.

Aber ebenso wie wir beim non jure factum gesehen haben, daß keineswegs alle formellen Testamentsmängel, welche über die bedingenden Beweise hinaus lagen, jetzt für die Ertheilung der sec. tab. b. p. gleichgültig geworden wären, so können wir dies mit voller Sicherheit auch hier nachweisen. Ebenso wie dort die Zahl und Fähigkeit der Zeugen so wie die unitas actus die Bedeutung der vernichtenden Beweise behielten, so sind auch hier eine Reihe von Fällen der cap. dim. auszuscheiden, auf die sich der Prätorische Schutz des irritum testamentum gar nicht bezieht.

Vorerst ist in allen den Fällen Richtigkeit der sec. tab. b. p. vorhanden, wo die cap. diminutio schon zur Zeit der Testamentserrichtung Statt gefunden hatte. Dies beweist sich schon dadurch, daß Gaius nur von dem testamentum postea irritum factum spricht. Es geht ferner auch aus den Bd. I. S. 178 und 185 mitgetheilten Stellen hervor, welche zeigen, daß die Errichtung eines Testaments von Seiten eines servus, Nichtcivis oder filiusfamilias unter die allgemeine Frage der mangelnden testamentifactio gehört, in Folge deren b. p. peti non potest.

Aber wir müssen wohl noch weiter gehen. Nicht jedes Testament wird vom Prätor geschützt, dessen Urheber nach der Errichtung eine capitis diminutio erlitt, die noch vor dem Tode wieder weggefallen ist, sondern nur dann wird es aufrecht erhalten, wenn dies eine capitis diminutio minima war [2]). Dies scheint Gaius im §. 147. sagen zu wollen:

---

und irritum ist, kann man sich leicht construiren; s. meine historia b. p. sec. tab. p. 69.

2) Die entgegengesetzte Ansicht hatte ich in meiner historia b. p. sec. tab. angenommen (p. 42.), der dann Buchholz in der Recension dieser Schrift in der Hallischen Literaturzeitung widersprach.

nam si ideo irritum fit testamentum, quod postea civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut hic in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate est, non potest scriptus heres secundum tabulas b. p. petere.

Also nur bei der cap. dim. minima setzt Gaius ausdrücklich hinzu, daß sie, um ein Hinderungsgrund der sec. tab. zu sein, noch mortis tempore bestehen müsse, wogegen eine nach der Testamentserrichtung eingetretene cap. dim. maxima und media ganz allgemein den Prätorischen Schutz unmöglich macht; wogegen freilich, wenn dann durch indulgentia principis eine in int. rest. gegeben wird, ein noch stärkeres Recht, nämlich völlige Convalescenz des Testaments die Folge ist [3]). Hiemit stimmt überein, daß die Pandektenstellen, welche von dem Prätorischen Schutze des irritum testamentum handeln, lediglich von der minima cap. dim. sprechen.

Es ist also dieser ganze zweite Fall ein dem Umfange nach sehr geringer. Wenn der Testator bei der Testamentserrichtung und beim Tode sui juris war, aber in der Zwischenzeit einmal in einer fremden Familie gestanden hat, so soll das Testament nichts destoweniger ein Prätorisch gültiges sein, und der Eingesetzte, falls keine Civilerben Ansprüche machen, eine b. p. cum re haben.

Es fragt sich nun, wer diese Civilerben sein können. Während beim non jure factum testamentum sich sowohl heredes ex testamento als ab intestato denken lassen, so leuchtet es ein, daß hier nur von gegenüberstehenden Civilintestaterben die Rede sein kann. Wir nehmen hier ja ein jure factum testamentum an, also ein anderes früheres Testament wird dadurch rumpirt, und umgekehrt ein anderes späteres Testament vernichtet das irritum dergestalt, daß nun auch der Prätorische Schutz aus demselben nicht mehr möglich ist. Gegen den Intestaterben aber steht das irritum ebenso wie das non jure factum, wir können also auch nach dem im vorigen § Gesagten die Sache genauer so fassen: die b. p. aus

3) Fr. 6. §. 12. de inj. rupt.

dem irritum testamentum ist cum re, wenn gar kein legitimus vorhanden ist, oder der Vorhandene verzichtet, oder endlich der b. possessor selbst der nächste Civilintestaterbe ist.

Wir sehen indessen aus einer Pandektenstelle, daß die Römer im Schutz des irritum testamentum noch weiter gegangen sind, was sich aber doch aus dem bisher Gesagten sehr naturgemäß entwickeln mußte. Der Prätor behandelt es nämlich, wie wir gesehen haben, als ein gültiges Testament, weßhalb denn trotz der civilen Nichtigkeit eine b. p. ab intestato nicht mehr ertheilt werden kann. Freilich will er den legitimi ihr Civilrecht damit nicht entziehen, aber da er doch einmal die Gültigkeit des Testaments als die juristische Basis annimmt, so muß sich danach auch die Art des Rechtsschutzes richten, welche er den legitimi gegen dies Testament gewährt. Es ist nämlich eine exceptio doli, wodurch sie gegen den klagenden scriptus heres, wenn er sich auf die Gültigkeit des Testaments nach Prätorischem Recht beruft, siegen. Aber nun können doch noch wieder Umstände eintreten, welche diese exceptio als unzulässig erscheinen lassen. Wenn nämlich der Testator, nachdem er aus der fremden Familie schon wieder herausgetreten war, nochmals besonders erklärt hat, er erkenne sein früheres Testament an, so macht der dadurch dasselbe nicht erst gültig, sondern es gilt ja schon ohne das nach Prätorischem Rechte. Man kann also nicht einwerfen, es werde hier Jemand in Folge einer formlosen Willenserklärung, gegen die allgemeinen Regeln des Rechts, beerbt. Aber gerade weil auch abgesehen hievon das Testament als ein in sich selbst gültiges erscheint, muß jene Erklärung des Erblassers eine juristische Bedeutung haben, und diese kann offenbar nur die sein, daß dadurch jenes Vertheidigungsmittel der legitimi, welches der Prätor an und für sich gegen das Testament zuläßt, elidirt wird. Hiernach wird folgende Stelle verständlich sein:

> Fr. 11. § 2. de b. p. sec. tab. (Papinian.) — Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui juris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat (mit dem Int. quor.

der der Ruption durch einen schon vor dem **mortis tempus** wieder weggefallenen **postumus**.

Das Interesse des **postumus** kommt gar nicht mehr in Betracht, also es ist lediglich die civilrechtliche Strenge, welche ganz allgemein die Richtigkeit des Testaments anordnet. Diese aber erscheint hier mehr als **juris scrupulositas**, wie als vernünftige Rechtsbestimmung, und so ist es wahrlich nicht wunderbar, daß der Prätor auch in diesem dritten Falle das Testament für gültig erklärte, und dem Eingesetzten Schutz verlieh, sobald nur kein Civilerbe Anspruch auf die Erbschaft mache. Das Testament war doch anfangs gültig errichtet worden, die vernichtende Person war wieder weggefallen, der Testator hätte also, ebenso wie beim **irritum testamentum**, nur ganz dasselbe Testament noch einmal ohne alle Veränderungen zu errichten brauchen; diese rein formelle Wiederholung sollte daher nicht mehr nöthig sein. Auf eine nochmalige Anerkennung des Testaments von Seiten des *Testators* konnte es der Prätor hier ebensowenig stellen, wie *dort* beim **irritum testamentum**, denn das hieße durch **nuda voluntas** ein Testament constituiren. Hätte also nicht der Prätor schon ohne das Grund genug gehabt, das Testament aufrecht zu erhalten, so hätte dann auch die nochmalige besondere Anerkennung keine Bedeutung haben können.

Da aber das Testament schon in sich selbst als Prätorisch gültig behandelt werden durfte, so mußte auch hier der Schutz der **legitimi** (denn auch hier sind ebenso wie beim **irritum testamentum** nur diese denkbar) die juristische Gestalt einer **doli exceptio** annehmen. Wir werden dies nachher noch durch ausdrückliche Quellenzeugnisse bestätigt finden. Daher dürfen wir aber auch wohl unbedenklich annehmen, daß ebenso wie beim **irritum** die nochmalige Anerkennung des Testaments diese **doli exceptio** vernichtete.

Wir können uns nicht wundern, daß in den Quellen hievon nicht die Rede ist. Denn diesem Fall des **ruptum testamentum** wurde, wie wir alsbald sehen werden, schon durch Hadrian eine noch viel stärkere Kraft beigelegt, und so kommt es, daß die Pandektenstellen, welche ihn erwähnen, nur von diesem späteren Rechte sprechen. Es ist ein Glück, daß wir

in den oben angeführten Stellen von Gaius und Ulpian noch den Beweis besitzen, daß sich schon vor dem Hadrianschen Rescript der schwächere Prätorische Rechtssatz neben dem **non jure factum** und **irritum** auch auf das **ruptum testamentum** erstreckt hat. Die Juristen mußten das frühere rein Prätorische Recht noch immer erwähnen, weil dasselbe beim **irritum testamentum** nie durch Kaiserrescripte verändert worden ist, also noch praktisch war, und weil auch bei dem **ruptum** und **non jure factum testamentum** dies zu ihrer Zeit geltende Recht sehr viel leichter verständlich wurde, wenn man den vorhergehenden Schritt des Prätors kannte. Die Kaiser knüpften ganz eng daran an, und deßhalb haben ihre Bestimmungen, die doch Civilrecht sind, ganz die äußere Gestalt des Prätorischen Rechtes. —

Hiermit sind die drei Fälle der, wie Gaius sich ausdrückt, **non per omnia inutilia testamenta** dargestellt. Es erhebt sich aber die Frage, ob sich der Prätorische Schutz nicht etwa noch auf einen vierten Fall bezogen habe, der dem **ruptum testamentum**, wie wir es eben dargestellt haben, außerordentlich nahe stand. Nämlich wenn ein **filius suus jam natus** durch seine Präterition das Testament vernichtet, aber nun jedenfalls vor dem Erblasser stirbt, warum soll nicht auch hier ebenso wie beim **postumus** das Testament als Prätorisch gültiges aufrecht erhalten worden sein?

Ich habe oben schon bemerkt, daß hier nicht die Frage ist, was der Prätor recht wohl hätte thun können, sondern was er wirklich gethan hat; ferner daß nicht ein inneres Princip vorliegt, wonach, was beim **ruptum testamentum** sich beweisen läßt, nun auch ebenso selbst beim völligen Schweigen der Quellen für den eben genannten Fall mit Nothwendigkeit angenommen werden müßte. Es läßt sich leicht nachweisen, daß, während das **irritum** und **ruptum** ganz und gar auf gleicher juristischer Stufe stehen, und also auch der Prätor sie durchaus gleichartig behandeln konnte, in unserem Falle wesentlich andere juristische Gesichtspunkte in Betracht kommen. Dort lag ein im Anfange vollkommen gültiges Testament vor; wenn es nun freilich auch hinterdrein durch das Interesse des arrogirenden Vaters oder des agnascirenden **suus** vernichtet

wurde, so waren diese Personen dann doch vor dem Tode des Testators wieder weggefallen, und so konnte man sich leicht über diese Vernichtungsgründe hinwegsetzen. Beim filius jam natus aber nahm die Römische Praxis stets an, daß gar kein Testament errichtet worden sei; hätte also der Prätor dies dennoch schützen wollen, so hätte er sich über die Regel hinwegsetzen müssen, daß was von Anfang an nichtig ist, nicht convalesciren kann. Ich will nicht sagen, daß es eine Undenkbarkeit sei, der Prätor habe dies gethan, aber jedenfalls war es ein juristisch viel bedenklicherer Schritt, und es kommt nun lediglich darauf an, ob er ihn wirklich unternommen hat. Davon aber läßt sich vollständig das Gegentheil darthun.

Schon nach jenen Stellen des Gaius und Ulpian, die bei unserem Prätorischen Rechtssatze nur die drei Fälle des non jure factum, irritum und ruptum testamentum, und wahrlich nicht bloß beispielsweise aufführen, ist die Annahme eines vierten Falles, der unter demselben Rechtssatze gestanden hätte, völlige Willkührlichkeit. Und daß die Präterition des filius jam natus mit unter dem Ausdruck ruptum testamentum zu begreifen sei, wäre eine noch viel schlimmere Annahme. Hiermit trifft es nun vollkommen zusammen, daß die Art, wie Gaius unseren Fall bespricht, die Möglichkeit jenes Prätorischen Schutzes gänzlich ausschließt. Eben nachdem er in den §§. 118—122. von letzterem gesprochen hat, fährt er II. 123. folgendermaßen fort:

> Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores siquidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant

nullo jam filio impedimento, quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

Wir haben oben schon bei dieser Stelle aus dem Stillschweigen des Gaius geschlossen, daß hier wie bei den **postumi** von keiner wahren **contra tabulas** die Rede sein kann, da er umgekehrt bei den Accrescenzerben und Emancipirten derselben sorgfältig Erwähnung thut. Ebenso sicher aber scheint mir auch der Schluß auf die **sec. tab. b. p.** Nachdem er gerade vorher den Prätorischen Schutz des **non jure factum testamentum** ausgeführt hat, könnte er von der Präterition des verstorbenen Haussohns gar nicht so sprechen, wie er thut, wenn dafür im Edicte gleichmäßige Bestimmungen bestanden hätten. Nach der Ansicht seiner Schule soll der Erblasser völlig **inutiliter** testirt haben, also zu einer **sec. tabulas** war hier ebenso wenig Raum, wie zu einer **c. t. b. p.** Die Gegner erkannten dies freilich nicht an, aber sie gingen über die Gränzen jenes Prätorischen Schutzes nun völlig hinaus, sie nahmen civilrechtliche Gültigkeit des Testaments, also auch Zulässigkeit der **her. aditio** an. Indessen wissen wir, daß diese Ansicht nicht durchgedrungen ist [1]), und so haben wir als gewiß festzuhalten, daß die Präterition des schon lebenden Haussohns, mogte er noch leben und Ansprüche machen, oder mogte er schon früher gestorben sein, stets für die **sec. tab. b. p.** die Bedeutung des vernichtenden Beweises behielt [2]), m. a. W. daß immer, wenn dieser Richtigkeitsgrund des Testamentes zu Tage kam, nach civilem wie Prätorischem Recht die Intestatsuccession eintrat.

§. 109. — 4. Aufrechthaltung des Testaments in Folge des Abstinirens eines präterirten **suus** [1]). Aus

1) Fr. 7. de liber. et post. (Paulus) — Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur; et eo jure utimur.

2) Es ist also nicht eine b. p. sine re, sondern eine quae data non intelligitur, wenn trotz dem die sec. tab. ertheilt worden war.

1) Diesen vierten Fall habe ich in meiner historia sec. tab. b. p.

der bisherigen Darstellung wird es zur Genüge hervorgehen, daß ein vierter jenen dreien gleichartiger Fall nicht bestanden haben kann; also die Prätorische Rechtsregel, daß einzelne vitiöse Testamente Wirkung haben sollen, **si nemo alius sit jure civili heres**, ist in den voraufgehenden §§ vollständig dargestellt. Wir finden nun aber in den Quellen noch einen anderen Prätorischen Rechtssatz angedeutet, der ebenfalls in die Lehre dieses Kapitels, in der wir die ausnahmsweise Schützung civilrechtlich ungültiger Testamente zu prüfen haben, gehört. Er ist gerade das Umgekehrte des vorigen. Es wird auch bisweilen, **si alius sit jure civili heres**, das Testament vom Prätor aufrechterhalten. Ich brauche wohl nicht weiter auszuführen, daß dies sich nur denken läßt, wenn der Civilerbe ein **suus** ist, der in dem Testamente präterirt wurde, durch diese Präterition es vernichtete (also ein **filius jam natus** oder ein **postumus**), und nun vom väterlichen Vermögen sich abstinirt.

Ferner aber leuchtet auch ein, daß Gaius und Ulpian diesen vierten Fall mit jenen dreien, denen er gerade entgegengesetzt ist, nicht zusammenstellen konnten; wir lernen ihn vielmehr aus einer Pandektenstelle kennen (**fr. 17. de inj. rupt.**), welche in einem anderen Zusammenhange bereits mitgetheilt worden ist (§. 95.). Dort ist auch schon die juristische Bedeutung des Falles genauer entwickelt [2]). Der Prätor erkennt im Allgemeinen die Richtigkeit des Testaments und die Intestatsuccession, wenn ein präterirter Haussohn oder **postumus** den Erblasser überlebt, vollkommen an, aber wenn diese interessirten Personen abstiniren, so sollen, da doch jedenfalls beim Vorhandensein des **suus** die übrigen **legitimi** vom Civilrecht nicht gerufen werden, gegen die **subtilitas juris** die

---

p. 44 sqq. nicht richtig dargestellt. Der Umstand, daß Gaius und Ulpian ihn nicht neben den anderen dreien erwähnen, führte mich weiter als dieser Grund allerdings beweist, und so kam ich dazu den Fall ganz zu läugnen. Indeß liegt das Richtige doch nicht weit von dem entfernt, was ich damals annahm.

2) S. auch §. 88. Note 11. — Besonders ist noch auf Francke's (Notherbenrecht S. 108.) treffliche Interpretation des fr. 17. cit. zu verweisen.

Dispositionen des Testaments **ex bono et aequo** geschützt sein. Also nicht wie in jenen anderen drei Fällen wird der Ungültigkeitsgrund des Testamentes selbst vom Prätor mißbilligt, sondern das Ganze ruht auf einem von Außen herzutretenden Umstande, auf dem Willen des Civilerben, und dies **beneficium abstinendi** ist die Grundlage, aus welchem die weiteren Rechtsverhältnisse sich erklären.

Ich überlasse es dem Leser, sich die Aehnlichkeiten und Unähnlichkeiten, welche hiernach zwischen diesem vierten Falle und den anderen dreien bestehen, selbst zu construiren, und begnüge mich die Hauptpunkte, welche das **beneficium abstinendi** mit sich führt, hervorzuheben. Der **suus**, welcher abstinirt, bleibt nichts destoweniger **heres** [3]), aber der Prätor läßt die Wirkungen des Erbrechts nicht für ihn eintreten [4]). Die gewöhnliche Folge davon ist nun, wegen der meist vorliegenden Insolvenz, die **bonorum venditio**, wovon denn auch die Römischen Juristen meistens sprechen [5]), und in diesem Falle ist nicht die Aufrechthaltung des Testaments, sondern die Prätorische Universalsuccession aus der **bonorum venditio** das Endresultat.

Aber freilich kann der **suus**, auch ohne daß das Vermögen insolvent ist, abstiniren, er kann gute Gründe haben, sich in die weitläuftigen väterlichen Erbschaftsverhältnisse nicht einlassen zu wollen [6]), ja es braucht ihm auch der Vater gar nicht abhold gewesen zu sein. Wir können ja annehmen, daß er Andere instituirte, aber dem präterirten **suus** ein großes Legat hinterließ. Ebenso wenig wie nach Note 6. der instituirte Sohn, wenn er abstinirt, dadurch sein Recht auf das Legat

---

3) fr. 1. §. 7. si quis omissa. fr. 30. §. 10. de fideic. lib.

4) Fr. 12. pr. de int. in jure.

5) Gai. II. 158. fr. 8. de jure del. fr. 28. de reb. auct. jud. fr. 10. de sepulcro viol.

6) Fr. 87. de legat. I. (Pap.) Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit; durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. fr. 89. de legat. I.

einbüßt, so kann man es dem Präterirten verweigern, wenn er gerade deßhalb auf die Universalsuccession verzichtet, damit der Instituirte als sec. tab. bonorum possessor die Erbschaft regulire und ihm sein Legat auszahle.

Umgekehrt kann es auch gerade der Sohn selbst sein, welcher, obgleich das Testament durch ihn vernichtet ist, (wenn er unter einer casuellen Bedingung instituirt war) die sec. tab. b. p. erbittet, sei es aus Pietät, sei es aus anderen Zwecken; wobei es aber nicht zweifelhaft ist, daß wenn er nur unter gewissen Voraussetzungen (z. B. die Bedingung seiner Einsetzung werde eintreten) auf sein Notherbenrecht verzichtete, weiter hinaus auch die testamentarische Succession nicht aufrecht erhalten wird (s. §. 89.).

Ueberhaupt wird Jedermann einsehen, daß die Wirkungen des Abstinirens sehr verschiedenartige sein können, und daß dies aus den Gründen sowie den Voraussetzungen, unter denen der Verzicht des suus vorgenommen wurde, sich stets gar leicht ableiten läßt [7]).

III. Die kaiserlichen Rescripte.

§. 110. Ueber die bisher dargestellten vier Fälle ist der Prätor in der Aufrechthaltung civilrechtlich ungültiger Testamente nicht hinausgegangen, wenigstens finden wir davon in unseren Quellen keine Spuren. An dies Prätorische Recht knüpften nun aber wiederum die Kaiser an, und zogen so die Sache gleichsam wieder ins Civilrecht zurück. Dies bleibt mir nun noch darzustellen übrig.

Wir haben hier drei verschiedene Punkte kennen zu lernen,

---

7) Alle Successionen, welche hinter einem abstinirenden suus eintreten, ruhen lediglich auf Billigkeit, aber freilich einer sehr natürlichen. Man nahm an, daß der suus nur quoties rem haberet (d. h. wenn er das Vermögen wirklich erhält), dem entgegenstehe, welcher beim Nichtvorhandensein desselben heres sein würde; das nudum nomen sui heredis soll kein Hinderniß sein. So rief man denn auch, wenn kein Testament vorhanden war, hinter dem abstinirenden suus die Mutter fr. 2. §. 8. ad SC. Tertull. African und Publicius hatten dies nur zweifelnd aufgestellt (tentant dicere), Ulpian billigt es mit den Worten: quae sententia aequior est.

die sich aber nur auf zwei von jenen vier Fällen, nämlich das **non jure factum** und **ruptum testamentum** beziehen. Für das **irritum** so wie das wegen Abstention des **suus** aufrecht erhaltene Testament ist das bisherige Recht unverändert geblieben.

1. **Das testamentum posterius imperfectum.** Wir beginnen mit einem Punkte, der sich auf das **non jure factum testamentum** bezieht, und von dem wir auch gar nicht mit Bestimmtheit wissen, ob er in der That durch ein kaiserliches Rescript eingeführt sei. Nur aus seiner inneren Natur läßt sich dies als wahrscheinlich entnehmen, da er mehr einer singulären kaiserlichen Verfügung als einer Prätorischen Edictsbestimmung ähnlich sieht.

Das **test. non jure factum** war gegen ein früheres civilrechtlich gültiges nach Prätorischem Rechte, wie wir gesehen haben, nicht geschützt, wohl aber gegen die, welche als **legitimi** Anspruch auf die Erbschaft machten, unter Anderem auch dann, wenn der im Testament Eingesetzte selbst der nächste civile Intestaterbe war; denn alsdann waren ja seine Gegner nicht wahrhaft **heredes ex jure civili**. Diesen Satz finden wir nun merkwürdiger Weise auch auf den Fall übertragen, wenn aus einem früheren Testamente ein Civilerbe dem **b. possessor** gegenübersteht [1]).

Aus dem bisher dargestellten Prätorischen Rechte folgt dies, wie leicht einzusehen ist, nicht; es ist eine ganz neue, die Bedeutung des **non jure factum testamentum** vergrößernde Bestimmung, von der wir nicht wissen, wann und von wem sie eingeführt worden ist, bei der es auch überdem unklar bleibt, ob die testamentarischen Civilerben nur dann zurückgetrieben werden sollen, wenn die im zweiten Testament Eingesetzten die nächsten Civilintestaterben, oder auch die nächsten vom Prätor **ab intestato** Berufenen sind. Das

1) Fr. 2. de injusto rupto (Ulp.). — Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur.

aber ist jedenfalls sicher, daß unter diesem zweiten non rite perfectum testamentum zu Ulpians Zeit lediglich unser non jure factum, welchem der Prätor jene suppletorische Gültigkeit verliehen hatte, verstanden werden kann.

Dies Alles ist sehr gut von Fabricius S. 127. u. ff. entwickelt worden, und ich habe deßhalb nur noch Folgendes hinzuzufügen. Fabricius nimmt mit Recht an, daß der Rechtsschutz des im imperfectum Eingesetzten darauf ruht, daß er die sec. tab. b. p. agnosciren muß, und alsdann gegen den klagenden testamentarischen Civilerben die doli exceptio hat, oder umgekehrt Letzterem gegen das Interdict des Ersteren nicht mehr die doli exceptio zugestanden wird. Deßhalb meint aber Fabricius, Ulpian könne unmöglich die Endworte: tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur, welche auf eine civilrechtliche Vernichtung deuteten, geschrieben haben, und sie könnten nur von den Compilatoren herrühren.

Mir scheint diese Annahme kaum nöthig. Das non jure factum testamentum erschien schon als *prätorisch gültig*, jetzt wird es sogar in diesem besonderen Falle dem Civiltestamente vorgestellt, und wenn nun namentlich es richtig wäre, daß dies durch ein Kaiserrescript geschehen sei, so scheint mir, daß Ulpian recht wohl so schreiben konnte, wenngleich der ganze Rechtsschutz nur auf verweigerten und gegebenen exceptiones doli ruht, und der im zweiten Testament Eingesetzte lediglich durch die sec. tab. b. p., nicht auch durch her. aditio zur Erbschaft gelangen kann.

Sei dem, wie ihm wolle, jedenfalls wurde hier jetzt dem practischen Effecte nach das frühere Testament durch das spätere imperfectum rumpirt. Und dies mußte nothwendig die weitere Folgerung herbeiführen, daß da das spätere Testament seinem Inhalte nach aufrecht erhalten wird, dieser Inhalt nun auch für die Frage in Betracht kommen muß, ob nicht dadurch das Notherbenrecht Anderer verletzt sei. Und wenn dies der Fall ist, so muß das spätere Testament, gerade weil es das frühere vernichtet, der Grund werden, daß der Notherbe zur Succession gelangt, während wenn das zweite Testament gegen das erste nicht aufrecht erhalten werden kann, es

natürlich nur darauf ankommt, ob in diesem ersten der fragliche Notherbe gehörig berücksichtigt worden sei [2]).

2. **Das testamentum ruptum.** Den vorigen Fall habe ich gleich vorausgestellt, weil wir nicht wissen, wann die angegebene Rechtsänderung eingeführt worden ist, und sie möglicherweise den jetzt zu prüfenden Punkten, bei denen wir Zeit und Urheber kennen, vorausgegangen sein kann.

Ein Rescript von Hadrian bestimmte, daß die sec. tab. b. p. aus jenem Falle des ruptum testamentum nicht bloß, wie der Prätor angenommen hatte: si nemo alius sit jure civili heres, sondern überhaupt cum re sein solle.

Wir wollen gleich, ehe wir die Stelle kennen lernen, wodurch dies bewiesen wird, die Bedeutung dieses Satzes verfolgen. Die Prätorische Regel über das non jure factum, irritum und ruptum testamentum habe ich oben- so bezeichnet, daß sie eine suppletorische, ihrer inneren Bedeutung nach hinter den legitimi aber vor allen Prätorischen Intestaterben stehende Klasse bildet. Jetzt wird nun das ruptum gegen alle Civilerben geschützt d. h. gegen die legitimi (denn testamentarische sind hier nicht denkbar), was heißt dies also Anderes, als das bisher für vitiös gehaltene Testament ist es jetzt gar nicht mehr, und zwar da ein kaiserliches Rescript dies bestimmt,

---

2) Fr. 12. §. 1. de b. p. c. t. (Gaius). — Si prius testamentum exstet jure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius, posteriore testamento praeteritus recte petet (c. t.) bonorum possessionem, si remoto quoque filio (wenn man sich den filius hinwegdenkt) potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes; et ita jus habet, ut quum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur. S. §. 95. Note 2. Unter dem filius ist hier übrigens ein emancipatus verstanden, denn beim filius suus ist das Testament, auch wenn er schon wieder gestorben war, inutiliter errichtet, hier würden also auch amoto filio die Eingesetzten nicht hereditatem obtinere fr. 16. §. 1. de vulg. et pup. subst. Also überhaupt das zweite Testament darf nicht aus einem anderen auch vom Prätor anerkannten Grunde von vorn herein nichtig sein.

so kann es auch nicht einmal mehr ein civilrechtlich ungültiges Testament genannt werden. Wir dürfen also auch sagen, daß die alte Klasse der sec. tab. b. p. aus einem jure factum testamentum diesen Fall des ruptum ganz in sich verschmolzen hat, und so ist denn der civilrechtliche Vernichtungsgrund, welcher hier früher bestand, und Anfangs einen vernichtenden Beweis für die sec. tab., später einen Grund der b. p. sine re darbot, jetzt hinweggefallen. Nur noch in einem allerdings wichtigen Punkte besteht ein Unterschied zwischen dem vollgültigen und diesem ruptum testamentum. Aus jenem braucht der Institutirte die sec. tab. gar nicht zu agnosciren, und kann dann doch eine ab intestato hinterdrein ertheilte b. p. zur sine re machen. Aus dem ruptum testamentum aber muß der Eingesetzte, wenn er zur Succession gelangen will, die b. p. erbitten, eine bloße her. aditio und in Folge derselben her. petitio gegen einen späteren b. possessor ist ihm nicht gestattet. Dies erklärt sich daraus, daß das kaiserliche Rescript sich ganz in die Form des Prätorischen Rechts einkleidet, also abgesehen von dem, was es direct daran verändert, ganz auf den Voraussetzungen der Prätorischen Succession ruht.

Nunmehr können wir zu den Pandektenstellen übergehen, worin von diesem Rechte des ruptum testamentum die Rede ist. Sie sind deßhalb noch besonders interessant und wichtig, weil darin auch zugleich eine Zusammenstellung mit dem Rechte anderer vitiöser Testamente, welches wir schon kennen, enthalten ist. Betrachten wir zuerst das bekannte fr. 12. pr. de inj. rupto von Ulpian:

> Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt; idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. Idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum pos-

sessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

Abgesehen von dem Endsatze ist die Stelle sehr einfach verständlich. Daß aus dem ruptum testamentum, sobald nur die bedingenden Beweise vorliegen (si signatum fuerit testamentum), eine sec. tab. b. p. trotz der civilrechtlichen Ungültigkeit gegeben werde, ist gar nichts Neues, das lag schon in jener früheren Prätorischen Bestimmung. Das Eigenthümliche, um dessentwillen Ulpian das Rescript Hadrians anführt, ist das absolute rem obtinebit, d. h. daß die b. p. jetzt stets cum re sein soll, und daher die Legatare und Fideicommissare vollkommen gesichert sind [3]). Mit anderen Worten die Prätorische Einschränkung, daß die sec. tab. dann nicht cum re sein soll, si alius sit jure civili heres, wurde nun auch hier aufgehoben.

Dies leuchtet noch unzweifelhafter aus dem Gegensatze hervor, in welchem Ulpian die am Ende der Stelle erwähnten beiden Fälle dem ruptum gegenüberhält. Die b. p. aus dem injustum und irritum testamentum soll nur dann abso-

3) Fabricius S. 136. u. S. 209. beschränkt dies wegen fr. 13. de doli mali exc. auf den Fall, wenn dem b. possessor Agnaten gegenüberstehen, wogegen die liberi ihm die b. p. noch immer zur sine re hätten machen können. Allein dies scheint mir mit den ganz ausnahmslos hingestellten Worten Ulpians: remque obtinebit durchaus unvereinbar, und daß jenes fr. 13., das so viele Schwierigkeiten gemacht hat, damit ganz übereinstimmt, habe ich in meiner hist. b. p. sec. tab. p. 62. gezeigt: Liberis exheredatis, qui nihil ex patris judicio meruerunt, rupto testamento jus suum conservandum est, nec opponetur doli mali exceptio. Dies heißt nicht: den exheredirten Kindern wird, wenn das Testament rumpirt ist, ihr Recht conservirt (das würde ja gar nicht zu dem Zusatze: qui nihil ex patris judicio meruerunt passen), sondern es heißt umgekehrt: wenn Kinder exheredirt sind, so ist dem ruptum testamentum sein Recht zu conserviren, und es kann auch nicht mehr die doli exceptio opponirt werden, welche hier vor dem Rescript Hadrians die legitimi, ebenso wie beim irritum testamentum, dem b. possessor entgegensetzen konnten. Auch die Kinder und Erben des Exheredirten dürfen sich nicht auf die exceptio berufen; exheredatus enim obstat filiis suis. fr. 3. de conjung. cum em.

lut eum re sein, wenn der Eingesetzte der nächste Intestaterbe ist, während diese Einschränkung für das ruptum nicht mehr besteht. Aber nun erhebt sich die Frage, welche Fälle Ulpian mit den beiden Ausdrücken injustum und irritum bezeichnen will. Für letzteres besteht kein Zweifel, Ersteres dagegen wird neuerdings meistens auf das durch Präterition eines (filius) suus jam natus nichtige Testament bezogen [4]), was ich schon in meiner historia b. p. sec. tab. p. 55. widerlegt zu haben glaube. Die Gründe, aus denen dies hervorgeht, ergeben sich aus der bisherigen Darstellung von selbst. Daß nämlich jene Prätorische Rechtsregel sich auch auf diesen vierten Testamentsfehler bezogen habe, davon findet sich nirgends in den Quellen eine Spur, und aus dieser zweifelhaften Stelle ihn gerade beweisen wollen, ist deßhalb unzulässig, weil der Ausdruck injustum testamentum, wenn er auch bisweilen für diesen Testamentsmangel gebraucht wird, doch keineswegs ausschließend technisch dafür ist [5]) und jedenfalls Niemand läugnen wird, daß Ulpian sehr wohl unter injustum auch das non jure factum verstehen konnte. Beide Ausdrücke stehen ja sprachlich ganz unmittelbar bei einander. Ziehen wir nun das im §. 108. Gesagte hinzu, bedenken wir namentlich, daß dies Schweigen des Gaius über diesen fraglichen vierten Fall hier wahr-

4) Francke S. 118. Mühlenbruch Bd. 36. S. 318. Vangerow Leitfaden II. S. 254.

5) Dieses vitium hat nicht so wie das Nachgeborensein eines Kindes, die cap. dim. des Testators, die Ausschlagung des heres, die Formfehler, einen eigenen ganz besonderen Namen erhalten, sondern bald wird das Testament nullius momenti (fr. 1. de inj. rupt. fr. 83. de cond. et dem.) bald inutile (fr. 30. de lib. et post. Gai. II. 123.) genannt, bald endlich wird davon allerdings gesagt, daß die Söhne es injustum faciunt (fr. 3. §. 3. fr. 6. §. 1. de lib. et post.). Aber dies heißt nichts als „sie machen es ungültig," und eine technische Bedeutung ist daraus nicht zu entnehmen, denn in ähnlicher Weise wird auch irritum facere oder in irritum constituere (obgleich sonst irritum testamentum eine ganz besondere Bedeutung hat), häufig gebraucht. Isidor. Or. V. 24. fr. 1. de inj. rupt. fr. 15. §. 1. fr. 27. fr. 36. §. 3. de test. milit. fr. 81. de legat. II. fr. 18. de accus. et inscript. fr. 26. de negot. gest. fr. 11. §. 8. de interrog. in jure. fr. 14. de reb. eor. qui sub tut.

lich Mehr ist, als etwas bloß Negatives, so schwindet auch die Möglichkeit, in unserer Ulpianschen Stelle aus dem zweifelhaften Ausdruck **injustum testamentum** auf das Bestehen jenes Prätorischen Schutzes für das durch den Haussohn vernichtete Testament zu schließen [6]). Und von der anderen Seite ist die Annahme ja so nahe liegend, daß, wie Gaius und auch Ulpian (**XXIII. 6.**) die drei Fälle des **non jure factum**, **irritum** und **ruptum** nebeneinanderstellen, so dies auch in unserem **fr. 12. pr. cit.** geschehen sei [7]). Nur versetzt sich dabei Ulpian auf einen anderen Standpunkt als dort. Das **ruptum testamentum** war nach dem Rescripte Hadrians absolut geschützt worden, der Jurist kann also das **non jure factum** und **irritum** nur unter der Voraussetzung damit zusammenstellen, wenn die daraus ertheilte **b. p.** ebenfalls gleich mit der Ertheilung absolut **cum re** war. Dies ist aber, wie wir vorher schon entwickelt haben, lediglich der Fall, wenn der darin Eingesetzte zugleich der nächste Intestaterbe ist. Für das **irritum** bezweifelt dies Niemand, und auch das **non jure factum** ist, wie eben unter Nro. 1. ausgeführt wurde, nur unter dieser Voraussetzung absolut auch gegen ein früheres Civiltestament geschützt [7a]). Zugleich liegt aber hierin, daß Ulpian

---

6) Die Ansicht, daß in diesem Falle der Prätor noch weiter, als beim non jure factum, irritum und ruptum test. gegangen sei, und die sec. tab. für absolut cum re erklärt habe (so daß also der Prätor hier das gethan hätte, wozu es beim ruptum erst durch das Rescript Hadrians kam), hat gar nichts für sich, und ist schon von Francke S. 115. widerlegt.

7) Noch in einer anderen Stelle (fr. 1. de exc. rei jud.) werden die drei Fälle des ruptum, irritum und non justum testamentum zusammengestellt; freilich ohne weitere Erklärung, was darunter verstanden werde. Aber der Jurist muß doch die Aufrechthaltung dieser Testamente annehmen, da er daraus eine Klage auf die libertas oder ein Legat zuläßt, und sogar aus der Zurückweisung des Legatars (mag der Richter recht oder unrecht entschieden haben) kein praejudicium für die libertas entstehen soll. —

7a) Damit widerlegt sich Franckes Bedenken, daß von dem non jure factum test. deßhalb hier nicht die Rede sein könne, weil nach dem Rescript des Anton. Pius (Mark Aurel) dies ebenfalls absolut und nicht bloß wenn der Instituirte zugleich Intestaterbe war, geschützt

gar nicht die Absicht hat, das ganze Rechtsverhältniß des non jure factum und irritum test. zu entwickeln, also alle Fälle anzugeben, in denen die daraus ertheilte b. p. cum re ist. Also die anderen beiden Fälle, die wir oben gerechtfertigt haben (daß der b. possessor das Vermögen behält, wenn sich kein Civilerbe findet, oder wenn der vorhandene die her. pet. nicht anstellt), bestehen noch daneben, nur eigneten sie sich, da das cum re-Sein hier im Anfange noch unsicher ist, nicht zur Zusammenstellung mit dem ruptum testamentum. —

Außer dem fr. 12. cit. besitzen wir noch eine andere hieher gehörige Pandektenstelle [8]), worin aber nur zwei von unseren Fällen, nämlich das irritum und ruptum testamentum mit einander verglichen werden. Auch sie ist uns zur klareren Anschauung dieser ganzen Lehre dienlich.

> Fr. 8. §. 3. de jure codicill. (Paul.) — Si post factum testamentum codicillos quis confirmaverit, deinde arrogandum se praebuerit, *et ibi codicillos fecerit*, atque ita emancipatus decesserit, quaeritur, an ex codicillis legata debeantur, *nam et (Hal. nec) testamentum valet; sed (et) eo tempore eos fecit, quo testamenti factionem non habuit*; nec similis est muto, qui recte codicillos confirmaverit, licet enim is testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat, in eodem statu est; *hujus autem testa-*

---

worden sei. Wir werden alsbald sehen, daß jenes Rescript dem non jure fact. nur gegen die legitimi Schutz gewährte, sollte es absolut (also auch gegen testamentarische Civil-Erben) gültig sein und mithin die Legatare völlig sicher stellen, so mußten die nächsten Intestaterben (nach Nro. 1.) eingesetzt sein. Da dieser Satz aber auch noch im Justinianeischen Rechte für das imperfectum testamentum gilt (wobei allerdings das Wort imperfectum einen anderen Sinn hat), so macht unsere Interpretation des fr. 12. auch vom Standpunkte der Justinianeischen Compilation keine Schwierigkeit

8) Fr. 9. de jure fisci gehört nicht hieher. Es spricht von einem nach dem Tode geborenen und gleich wieder verstorbenen postumus. fr. 22. §. 4. de capt. et de postlim. ist aus der fictio legis Corneliae zu erklären.

mentum sublatum est, et de alienis quodammodo rebus testatur. Sed dicemus, codicillos valere, nam etsi postumus natus ruperit testamentum et decesserit, nihilominus codicilli valent.

Der Jurist fragt, ob neben dem **testamentum irritum** die Codicille bestehen können, welche im Zustande des Arrogirtseins errichtet wurden. Wenn nun auch gerade die Lesart des Hauptgrundes, den der Jurist anführt, zweifelhaft ist, so scheint mir doch sein ganzer Gedankengang wenig Zweifel zu lassen. Nachdem er zuerst die Frage aufgeworfen hat, geht Paulus offenbar darauf aus, Gegengründe, welche die Ungültigkeit der Codicille mit sich zu führen scheinen, anzugeben, und ebendeßhalb läßt sich die Lesart: **nam nec testamentum valet** allerdings vertheidigen. Er versetzt sich in die Zeit, wo die Codicille gemacht werden. „Hier gilt ja nicht einmal das Testament selbst, und (man müßte dann auch für **sed**: **et** lesen) er hat sie zu einer Zeit errichtet, wo er keine **testamentifactio** hatte. Es läßt sich dies also mit einem **mutus** gar nicht vergleichen, denn durch den nachher eintretenden Körperfehler wird das frühere Testament gar nicht afficirt, während es durch die Arrogation vernichtet wird.“ So läßt sich der Sinn allerdings fassen: aber richtiger scheint mir doch die entgegengesetzte Lesart. Danach führt Paulus gleich zuerst einen bejahenden Grund an. „Die Codicille müssen allerdings gelten, denn es gilt ja auch trotz der vorübergehenden Arrogation das Testament.“ Die Worte **nam et testamentum valet** heißen danach so viel, als was Papinian in **fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab.** (§. 107.) mit **non enim de jure testamenti maxime quaeritur** ausdrückt. Das Testament wird als ein an und für sich gültiges vom Prätor behandelt, und offenbar nimmt Paulus hier eine **b. p. cum re** des Eingesetzten an, da er lediglich die Frage aufwirft, ob die Legatare aus jenen Codicillen auftreten dürfen, was wenn der Eingesetzte selbst durch die **legitimi** vertrieben werden könnte, eine ganz unnütze Frage gewesen wäre.

Nachdem er also zuerst die Gültigkeit des Testaments anerkennt, giebt er dann freilich einen Gegengrund zu, und so

wird das **sed** vollkommen erklärlich. „Allerdings hat der Arrogirte in der Zwischenzeit keine **testamentifactio**, und auch sein Testament war einstweilen völlig **sublatum**, also mit dem **mutus** kann man ihn nicht vergleichen." Dafür aber führt nun Paulus am Schluß einen anderen Fall an, der zur Vergleichung geeigneter ist. Auch bei dem wieder verstorbenen **postumus** ist eine Zwischenzeit, worin das Testament völlig ungültig war. Aber da dies doch seit Hadrian absolut auch mit den Legaten aufrecht erhalten wurde (**remque obtinebit, et legatarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi**), so konnte hier jedenfalls kein Zweifel sein, daß auch die in der Zwischenzeit errichteten Legate, als **annexum** des Testaments, Gültigkeit haben müßten [9]).

Freilich ist nun jenes **irritum testamentum** nicht so stark geschützt, als das **ruptum**. Die **legitimi** können dagegen auftreten; aber mit Recht meint Paulus, daß dies für die aufgeworfene Frage (bei der ja die **legitimi** als *nicht auftretend* zu denken sind) nicht in Betracht komme. Die juristische Grundlage ist doch beim **irritum** wie beim **ruptum** dieselbe; an dem **jus testamenti** selbst wird nicht gezweifelt, ob also im einem Fall die **legitimi** eine **doli exceptio** gegen den klagenden Eingesetzten haben, und im anderen Falle sie ihnen versagt ist, kommt jedenfalls für das Verhältniß des Instituirten zu den Legataren nicht in Betracht.

So kommen wir also, mag Paulus **et** oder **nec** geschrieben haben, in Beziehung auf die juristische Beurtheilung des Falles, wie sie dem Juristen vorschwebte, doch zu einem sicheren Resultate, welches mit dem oben aus anderen Stellen *Entwickelten* vollkommen übereinstimmt.

§. 111. — 3. Das Rescript Mark Aurels über das **non jure factum testamentum**. Wir gelangen jetzt zu dem letzten Punkte. Das **non jure factum testamentum** war, wenn der nächste Intestaterbe sich darin eingesetzt fand, gegen die testamentarischen Civilerben, und natürlich auch die entfernter stehenden **legitimi** (welche ja dann gar keine **heredes**

---

9) s. auch **fr. 12. §. 5. de captiv. et de postlim.**

waren) geschützt worden; im Uebrigen aber galt nur jener Prätorische Satz, daß wenn kein Civilerbe die her. pet. anstelle, die b. p. cum re sein solle. Dies hat nun Mark Aurel dahin verändert, daß der b. possessor wenigstens gegen die Civilintestaterben mit der doli exceptio sich vertheidigen könne. In Beziehung auf die testamentarischen heredes also blieb es beim bisherigen Rechte.

Dies Rescript Mark Aurels ist offenbar die Nachahmung des von Hadrian für das ruptum erlassenen. Es hat auch an und für sich gleiche Ausdehnung, indem in beiden Fällen die legitimi (durch doli exc. gegen deren her. pet. oder umgekehrt durch Verweigerung der doli exc. gegen das Interdict des b. poss.) vertrieben werden, aber der Unterschied ist, daß bei dem ruptum sich keine testamentarische Civilerben der Natur der Sache nach denken lassen, während dies allerdings beim non jure factum möglich ist, und so letzteres nicht denselben vollkommenen Schutz erhielt, als ersteres. Wenn wir also bei dem ruptum gesagt haben, es sei aus der hinter den legitimi stehenden Klasse herausgenommen, und mit der alten sec. tab. b. p. völlig verschmolzen, so können wir hier es nur so fassen, daß seit Mark Aurel das non jure factum der inneren Berechtigung nach eine eigene Klasse gleich hinter der b. p. ex jure facto testamento, also vor sämmtlichen Intestatklassen bilde; während freilich in Beziehung auf die äußere Agnitionsfrist alle b. possessiones aus vitiösen und nicht vitiösen Testamenten ein einziges Ganzes ausmachen.

Aus der Gleichheit, welche hiernach die Rescripte Mark Aurels und Hadrians darbieten, geht nun zur Genüge hervor, daß der neue hier eingeführte Rechtssatz an und für sich von ganz singulärer Bedeutung ist. Noch mehr erhellt dies aus der Darstellung, welche uns Gaius davon giebt, und die sich gleich an jene Stelle über den Prätorischen Schutz des non jure factum testamentum anschließt. (s. oben §. 106.)

Gai. II. 120. Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus exstent, potiores scriptis heredibus habeantur. rescripto enim Imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos,

qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.

Wir haben oben gesehen, daß der Prätorische Schutz des **non jure factum testamentum** sich auf mehre Arten der unbedeutenderen Formmängel erstreckt, nicht bloß wenn die **familiae mancipatio** oder **nuncupatio** vergessen war, sondern auch wenn eine Frau ohne ihren **tutor** testirt hatte. Die Prätorische Regel wird nun von Gaius ausdrücklich auf dies Beides bezogen (vielleicht ging sie auch auf die Form der Institution). Aber das Rescript Mark Aurels erstreckt er zuerst nur auf die Unterlassung der **familiae mancipatio** und **nuncupatio**, nicht auf die Testirung ohne **tutor**, obgleich es doch, wie er sagt, allgemein von denen redet, **qui secundum tabulas non jure factas b. p. petierint**. Deßhalb läßt er es ohne Beschränkung nur für die Testamente der Männer gelten (wo ja die Frage über den Tutor nicht vorkommen konnte), und dann macht er für die Frauen eine Einschränkung, die *bei der* Prätorischen Regel nicht gegolten hatte [1]).

Das Rescript ist mithin seinem eigentlichen directen Inhalte nach sehr unbedeutend; und dennoch müssen wir sagen, daß es in Beziehung auf die Folgen, die daraus hervorgegangen sind, von ganz außerordentlicher Wichtigkeit ist. Der Grund davon liegt in der inneren Natur des vorliegenden Falls. Daß Hadrian das **ruptum testamentum** besser stellte, ist etwas ganz Unbedeutendes, da der Fall selbst ein höchst singulärer ist. Ebenso wäre von unserem Rescripte, wenn es der Frau bloß

---

1) Gai. II. 121. 122. Die Zuziehung des Tutors solle *nämlich noch* immer nöthig sein, wenn es ein parens oder patronus war. Daß der Prätor diese Einschränkung bisher nicht gemacht *hatte*, ist sehr erklärlich, da der Patron ja dann doch nächster Intestaterbe war, und die b. p. zur sine re machen konnte. Jetzt aber wurde sie, um sein Recht nicht zu verletzen, nöthig. — Hieraus folgt, daß wenn eine Frau ohne legitimus tutor testirt hatte, aus dem Testament eine sec. tab. erbeten werden konnte, die sich zur sine re machen ließ. Also hat die Prätorische Regel auch nach dem Rescripte in diesem freilich beschränkten Kreise selbst für Intestaterben fortgegolten, was dann später spurlos verschwunden ist. Man hat dies bisher übersehen.

den Tutor erlassen, und auch noch Mehres derartiges bestimmt hätte, wenig Aufhebens zu machen. Aber jener andere Punkt, daß die Mancipationsförmlichkeiten des Testaments für unnöthig erklärt wurden, ist von so großen Folgen gewesen; Folgen, die offenbar der Kaiser bei der Erlassung des Rescripts gar nicht vor Augen hatte und haben konnte. Es hat sich nämlich daraus eine ganz neue Testamentsform entwickelt, während bisher und überhaupt in der ganzen Zeit der klassischen Juristen ein einziges Testament, das test. per aes et libram, bestand. Wir werden dies im folgenden Buche (Kap. 2.) weiter durchzuführen haben. — Hier sei mir nur noch erlaubt darauf hinzuweisen, welchen Werth es hat, daß uns durch Gaius eine klare Anschauung dieses Rescriptes und seiner Anknüpfung an das bisherige Prätorische Recht möglich geworden ist. Dies und die Mittheilungen des Gaius über die pro herede usucapio, zwei Punkte, auf die man durch Conjecturen nie gelangt sein würde, sind vielleicht die wichtigsten der neueren Zeit gebotenen Hülfsmittel zu einer tieferen Durchschauung des älteren Römischen Erbrechts.

Wir stehen hiermit am Schluß der Lehre von den Fortbildungen der sec. tab. b. p., und damit zugleich am Schluß des Gegenstandes, der den Hauptinhalt dieses zweiten Buchs bildet. Wir kennen jetzt sämmtliche Erbklassen, welche allmählig sich an die ursprüngliche Gestalt der b. p. anschlossen, und so das an und für sich kleine Institut zu einem das gesammte Römische Erbrecht erweiternden und fortbildenden Erbsystem machten. In dem folgenden Kapitel haben wir nur noch gemeinsame Lehren über Delation und Acquisition, also überhaupt über die Handhabung des gesammten Prätorischen Erbrechts, zu erörtern. Das Bild, welches wir uns in diesem Werk zuerst von der klassischen Juristenzeit zu entwerfen hatten, ist alsdann beendigt.

Blicken wir noch einmal zurück auf die Gesammtheit der Erbklassen, die wir jetzt erörtert haben. Es sind zwei Elemente, welche in der Geschichte des Römischen Erbrechts die eigentlich

bewegende Rolle gespielt haben, und die Hebel bei der Ausbildung des alten gar zu engen Civilrechts gewesen sind. Ich habe sie gleich im §. 2. dieses Werks hervorgehoben: das Interesse der Personen, welche die Antretung des Erben wünschen, um gegen ihn Rechte geltend zu machen, und das Interesse derer, welche sie umgekehrt nicht wünschen, um in ihrer Ermangelung selbst die Universalsuccession in Anspruch zu nehmen. Beide Elemente, für die im alten Civilrecht gar zu wenig Sorge getragen war, sind durch das Prätorische Recht nach und nach befriedigt worden, nur daß zu verschiedenen Zeiten das eine oder das andere mehr hervortritt. Wir können danach die ganze Zeit, welche wir bis jetzt durchmessen haben, in drei kleinere Zeiträume eintheilen.

In der ersten Periode herrscht durchaus das Element vor, das Recht der Personen, welche die Antretung des **heres** wünschen (also besonders die Gläubiger, im Fall der testamentarischen Succession auch die Legatare, früher auch noch wegen der **sacra** die Pontifen), zu verbessern. Was hier der Prätor thut, geschieht allerdings **emendandi juris civilis gratia**, aber er macht noch keine neue Erbklassen, er erreicht schon dadurch sehr viel, daß er die civilen Erbklassen im **successorium edictum** hintereinander ruft. Die Klassen selbst also sind noch **confirmandi juris civilis gratia** aufgestellt. Nur negativ wird hiemit schon das zweite Element durch Zurücktreibung der **pro herede** Usucapienten berücksichtigt.

Die zweite Periode umfaßt die Klasse der Cognaten und Ehegatten. Beide Elemente hielten sich hier gleichsam die Wage. Daß man neue Klassen überhaupt aufstellte, geschah: **ne quis sine successore moriatur**, also aus dem Interesse der Gläubiger; daß man zu den neuen Klassen gerade diese Personen rief, folgte aus der natürlichen Billigkeit, in Ermangelung des **heres** sie als die nächsten zur Universalsuccession Befugten anzuerkennen. Das Ganze geschah also wiederum **emendandi jur. civ. gratia**, aber auch die Klassen selbst haben hier diesen emendirenden oder suppletorischen Charakter.

Die dritte Periode enthält die **b. p. contra tabulas, unde liberi**, und die Erweiterungen der **secundum tabulas**. Das erste Element, das Interesse der Creditoren tritt hier ganz zu-

rück, dafür war im Bisherigen schon genug gesorgt [2]). Aber es waren noch mancherlei juris scrupulositates in Beziehung auf die zur Universalsuccession zu Berufenden auszugleichen. Auch dies hat vorherrschend den Charakter der Emendation, die aber freilich nicht immer ohne einzelne Correctionen des Civilrechts durchführbar war. So ist die c. t. absolut correctorisch gegen die scripti heredes, die unde liberi nur gegen die legitimi; die b. p. dagegen aus vitiösen Testamenten ist (abgesehen von den kaiserlichen Rescripten) lediglich supletorisch. Aber der Einführungsgrund aller dieser Veränderungen ist gar nicht mehr: ne quis sine successore moriatur, sondern das Streben, gewissen Personen unter bestimmten Voraussetzungen zur dauernden Universalsuccession zu verhelfen. Während in den bisherigen Klassen der Zweck des Prätors ebensosehr erreicht ist, wenn die b. p. zur sine re wird, so ist hier der ganze Grund, weßhalb der Prätor die Aenderungen einführt, daß die b. p. in bestimmten Fällen cum re sein soll, also definitives Behalten der Erbschaft, nicht mehr interimistische Universalsuccession. Die Rechtsmittel nun, welche der Prätor für die b. p. aufstellt, stammen aus der älteren Zeit her, sie sind ihrem Grundwesen nach auf die auch nur interimistische Universalsuccession berechnet. Deßhalb passen sie, wenn sie gleich immer genügenden practischen Schutz gewährten, ihrer eigentlichen juristischen Construction nach nicht mehr zu den Gestaltungen der dritten Periode. (s. §. 97. u. §. 107. Note 4.) Freilich war das noch kein genügender Grund, um das Klagensystem der b. p. bereits umzugestalten, aber es sind dies doch schon die Keime, welche weitere Rechtsentwickelungen, die wir kennen lernen werden, vorbereiteten. —

Folgende Tabelle wird hiernach die Uebersicht des Ganzen

---

2) Das Letzte, was in dieser Hinsicht der Prätor that, liegt an und für sich außer dem Gebiet der b. p.; es ist das jus deliberandi. Aber wegen seines sehr erklärlichen und unläugbaren Zusammenhanges mit der b. p. haben wir es im folgenden Kapitel noch genauer in's Auge zu fassen. — Nur das Interesse der Legatare kam bei einzelnen Punkten der sec. tab., wie im Bisherigen schon erwähnt wurde, allerdings in Betracht.

lut cum re sein, wenn der Eingesetzte der nächste Intestaterbe ist, während diese Einschränkung für das ruptum nicht mehr besteht. Aber nun erhebt sich die Frage, welche Fälle Ulpian mit den beiden Ausdrücken injustum und irritum bezeichnen will. Für letzteres besteht kein Zweifel, Ersteres dagegen wird neuerdings meistens auf das durch Präterition eines (filius) suus jam natus nichtige Testament bezogen [4]), was ich schon in meiner historia b. p. sec. tab. p. 55. widerlegt zu haben glaube. Die Gründe, aus denen dies hervorgeht, ergeben sich aus der bisherigen Darstellung von selbst. Daß nämlich jene Prätorische Rechtsregel sich auch auf diesen vierten Testamentsfehler bezogen habe, davon findet sich nirgends in den Quellen eine Spur, und aus dieser zweifelhaften Stelle ihn gerade beweisen wollen, ist deßhalb unzulässig, weil der Ausdruck injustum testamentum, wenn er auch bisweilen für diesen Testamentsmangel gebraucht wird, doch keineswegs ausschließend technisch dafür ist [5]) und jedenfalls Niemand läugnen wird, daß Ulpian sehr wohl unter injustum auch das non jure factum verstehen konnte. Beide Ausdrücke stehen ja sprachlich ganz unmittelbar bei einander. Ziehen wir nun das im §. 108. Gesagte hinzu, bedenken wir namentlich, daß dies Schweigen des Gaius über diesen fraglichen vierten Fall hier wahr-

---

4) Francke S. 118. Mühlenbruch Bd. 36. S. 318. Vangerow Leitfaden II. S. 254.

5) Dieses vitium hat nicht so wie das Nachgeborensein eines Kindes, die cap. dim. des Testators, die Ausschlagung des heres, die Formfehler, einen eigenen ganz besonderen Namen erhalten, sondern bald wird das Testament nullius momenti (fr. 1. de inj. rupt. fr. 88. de cond. et dem.) bald inutile (fr. 30. de lib. et post. Gai. II. 123.) genannt, bald endlich wird davon allerdings gesagt, daß die Söhne es injustum faciunt (fr. 3. §. 8. fr. 6. §. 1. de lib. et post.). Aber dies heißt nichts als „sie machen es ungültig," und eine technische Bedeutung ist daraus nicht zu entnehmen, denn in ähnlicher Weise wird auch irritum facere oder in irritum constituere (obgleich sonst irritum testamentum eine ganz besondere Bedeutung hat), häufig gebraucht. Isidor. Or. V. 24. fr. 1. de inj. rupt. fr. 15. §. 1. fr. 27. fr. 36. §. 3. de test. milit. fr. 81. de legat. II. fr. 18. de accus. et inscript. fr. 26. de negot. gest. fr. 11. §. 8. de interrog. in jure. fr. 14. de reb. eor. qui sub tut.

lich Mehr ist, als etwas bloß Negatives, so schwindet auch die Möglichkeit, in unserer Ulpianschen Stelle aus dem zweifelhaften Ausdruck **injustum testamentum** auf das Bestehen jenes Prätorischen Schutzes für das durch den Haussohn vernichtete Testament zu schließen [6]). Und von der anderen Seite ist die Annahme ja so nahe liegend, daß, wie Gaius und auch Ulpian (XXIII. 6.) die drei Fälle des **non jure factum**, **irritum** und **ruptum** nebeneinanderstellen, so dies auch in unserem fr. 12. pr. cit. geschehen sei [7]). Nur versetzt sich dabei Ulpian auf einen anderen Standpunkt als dort. Das **ruptum testamentum** war nach dem Rescripte Hadrians absolut geschützt worden, der Jurist kann also das **non jure factum** und **irritum** nur unter der Voraussetzung damit zusammenstellen, wenn die daraus ertheilte b. p. ebenfalls gleich mit der Ertheilung absolut **cum re** war. Dies ist aber, wie wir vorher schon entwickelt haben, lediglich der Fall, wenn der darin Eingesetzte zugleich der nächste Intestaterbe ist. Für das **irritum** bezweifelt dies Niemand, und auch das **non jure factum** ist, wie eben unter Nro. 1. ausgeführt wurde, nur unter dieser Voraussetzung absolut auch gegen ein früheres Civiltestament geschützt [7a]). Zugleich liegt aber hierin, daß Ulpian

---

6) Die Ansicht, daß in diesem Falle der Prätor noch weiter, als beim non jure factum, irritum und ruptum test. gegangen sei, und die sec. tab. für absolut cum re erklärt habe (so daß also der Prätor hier das gethan hätte, wozu es beim ruptum erst durch das Rescript Hadrians kam), hat gar nichts für sich, und ist schon von Francke S. 115. widerlegt.

7) Noch in einer anderen Stelle (fr. 1. de exc. rei jud.) werden die drei Fälle des r u p t u m, i r r i t u m und n o n j u s t u m testamentum zusammengestellt; freilich ohne weitere Erklärung, was darunter verstanden werde. Aber der Jurist muß doch die Aufrechthaltung dieser Testamente annehmen, da er daraus eine Klage auf die libertas oder ein Legat zuläßt, und sogar aus der Zurückweisung des Legatars (mag der Richter recht oder unrecht entschieden haben) kein praejudicium für die libertas entstehen soll. —

7a) Damit widerlegt sich Franckes Bedenken, daß von dem non jure factum test. deßhalb hier nicht die Rede sein könne, weil nach dem Rescript des Anton. Pius (Mark Aurel) dies ebenfalls absolut und nicht bloß wenn der Instituirte zugleich Intestaterbe war, geschützt

Juristen festzustellen [1]). Wir müssen dabei von dem in unseren Quellen so oft hervorgehobenen Satze (s. Bd. I. S. 386. Note 3 u. fr. 1 de b. p. furioso) ausgehen, daß es der Zweck des Prätors ist, so rasch als es bei den verschiedenartigen Interessen möglich ist, die Erbschaft zu reguliren, und einen Repräsentanten des Verstorbenen zu gewinnen.

Die Regeln des successorium edictum gehen darauf aus, dies Ziel in zweckmäßigster Weise zu erlangen, und sobald es im einzelnen Erbfalle dahin gekommen ist, so stellt der Prätor seine Thätigkeit ein. Daher hat das successorium edictum sein Ende erreicht, wenn Jemand bon. poss. agnoscirt [2]), noch viel mehr, wenn diese schon vom heres zur sine re gemacht ist, wahrscheinlich auch, wenn sich das sine re-Werden mit Sicherheit voraussehen läßt [3]). Bis aber einer dieser Fälle eintrat, wurden immer von Neuem Fristen berechnet, um die Berufung durch alle die vielen jetzt bestehenden Klassen hindurchzuführen. Wie indeß im Einzelnen dies zu verstehen sei, darüber sind wir Nichts weniger als ganz im Klaren. —

Wenn wir sagen, so wie sich die Quellen ausdrücken [4]), daß für jede Klasse eine eigene Frist von einem Jahr oder hundert Tagen angesetzt wurde, so ist doch damit eine deutliche Anschauung, wie es sich im praktischen Leben gestaltete, noch durchaus nicht gegeben. Wurden denn, so kann man fragen, formell vom Prätor die Fristen angesetzt, und etwa publicirt, und folgte denn nach deren Ablauf allenfalls eine Präclusion der nicht Erschienenen? Wenn auch dahin allenfalls einige Ausdrücke der Quellen gedeutet werden könnten [5]), so ist davon

1) Es ist dies also die Lehre, welche auch die Römischen Juristen nach Darstellung der einzelnen Klassen zum Schlusse unter dem Titel de successorio edicto vereinigten, wodurch denn jene engere Bedeutung dieses Ausdrucks entstand, während er nach seinem ursprünglichen Sinn das ganze Edict über die b. p. bedeutete. Bd. I. S. 67.

2) s. Bd. I. S. 227. Note 3. u. l. 2. C. de success. ed.

3) s. Bd. I. S. 234 ff.

4) fr. 1. §. 8. §. 12. de succ. ed.

5) z. B. fr. 1. §. 6. de succ. ed. — „jam coepit ad alios pertinere bon. poss., aut fiscum invitare. §. 10. — si quis — in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris competit.“

doch keine einzige sichere Spur, und man würde sich mit dieser Annahme in eine Reihe von Unmöglichkeiten verlieren, welche hier aufzuführen ich mir wohl ersparen kann. — Aber wenn man auch annimmt, daß die Fristen nur ideell berechnet wurden, und die Frage, ob die Frist noch nicht abgelaufen sei, immer erst, wenn Jemand zur Agnition erschien, in Betracht kam, so bleiben doch noch eine Menge von Bedenken. Am wenigsten Schwierigkeit macht es, daß das tempus als utile gilt. Nach dem Bd. 1. S. 103. Note 5. Gesagten, erscheint jede Frist äußerlich als continuum tempus, und deren Ablauf berechtigt die folgende Klasse die b. p. zu agnosciren, aber die in der vorhergehenden Gerufenen können auch noch jetzt nachträglich dieselbe erbitten, wenn ihr Nichtkönnen oder Nichtwissen der Grund ist, daß sie nicht schon früher erschienen waren [6]).

Aber wenn wir auch annehmen, daß die Fristen als äußerlich feststehende einander folgten, so bleibt doch immer die Ungewißheit, ob man im Allgemeinen diese Frist als hundert Tage oder als ein Jahr annahm, indem man vorher oft gar nicht wissen konnte, ob der darin Berufene sich die größere oder die kürzere Zeit zurechnen dürfe. Freilich in der c. t. b. p. werden nur Kinder gerufen, diese Frist ist also allgemein ein Jahr, aber gleich bei der sec. tab. können eingesetzte parentes et liberi in einem Jahr agnosciren; allen Uebrigen aber laufen nur hundert Tage. Wann fängt nun die Zeit an, wo eine bon. poss. ab int. erbeten werden kann?

In der Intestatsuccession aber werden wieder zuerst die liberi gerufen in einem Jahr, die Agnaten, die Cognaten und

---

6) Die Berechnung des utile tempus veranlaßt die Rücksichtnahme auf gar manche Punkte, die offenbar nur erst zur Sprache kommen können, nachdem der, um dessen Zulassung es sich handelt, überhaupt aufgetreten ist. Es ist also gar nicht möglich, daß der Prätor ohne dessen Beisein bloß durch Verhandlung mit einem Prätendenten aus einer späteren Klasse hätte fixiren können, ob dem Vorstehenden seine Frist abgelaufen sei oder nicht. Wenn er daher nicht alle Berufung einstweilen sistiren wollte, so mußte er wohl jede Frist von vorn herein als tempus continuum annehmen, und nach deren Ablauf den Nachstehenden zulassen. Man vergl. namentlich das Beispiel in fr. 5. pr. quis ordo in poss.

der überlebende Ehegatte jedesmal in hundert Tagen. Aber dies ist wieder so einfach nicht, denn an der Stelle der Agnaten wird, wenn ein Freigelassener gestorben ist, der Patron gerufen, dies aber kann ein parens manumissor sein, dem die bon. poss. ein Jahr lang zusteht [7]). Ferner die Kinder, welche im ordo unde liberi gerufen werden, können als legitimi, wenn sie sui sind, noch wieder den Agnaten vorgehn, und dann können sie zum drittenmal als Cognaten kommen, jedesmal steht ihnen ein Jahr zu [8]). Danach ist also für alle Klassen außer der unde vir et uxor die Möglichkeit vorhanden, daß die Frist ein Jahr beträgt. Sollen wir also annehmen, daß der Prätor bei allen diesen Klassen erst nach Ablauf dieses Jahres die nächstfolgende zugelassen habe? Dann kämen für das gesammte succ. ed. wenigstens fünf Jahr und hundert Tage heraus. Und auch das wäre noch nicht einmal genug, denn hinter dem suus als legitimus müssen doch noch dem proximus agnatus hundert Tage ausgesetzt werden, und in der Klasse der Cognaten können ja eine Reihe von Verwandten hinter einander stehen, die Jeder eine Frist von hundert Tagen für sich haben. Ferner können auch in der testamentarischen Succession mehrere Substituten vorhanden sein, deren Jedem eine Frist eingeräumt werden muß.

Ich bin wegen des Mangels an Quellenaussprüchen nicht im Stande, sicher zu beantworten, wie die Römer es hier gehalten haben. Indeß glaube ich, wenn man nur die einzelnen möglichen Fälle genauer auffaßt, daß sich von der Reihe von Jahren, die hier verfließen zu müssen scheinen, ehe das successor. edictum sein Ende erreicht, doch für die meisten Fälle eine große Zeit abziehen läßt. Und das stimmt mit Ulpians Worten vollkommen überein, der das succ. ed. offenbar noch

---

7) fr. 4. §. 1. quis ordo — sicut si pater filium manumisisset, quamvis ut manumissor bon. possessionem accipiat, tamen ad b. p accipiendam annuum spatium habet. fr. 1. §. 14. u. 15 de succ. ed.

8) fr. 4. §. 1. quis ordo — Filius non solum, si tanquam filius, sed et si tanquam agnatus, vel tanquam cognatus ad b. p. vocatur, annuum spatium habet.

für seine Zeit als Mittel zu einer raschen Regulirung der Erbschaftsangelegenheiten darstellt.

Es kommt bei allen Todesfällen regelmäßig sehr bald zum Vorschein, ob ein Testament vorhanden ist oder nicht. Das Interesse so vieler Personen bürgt dafür, und überdem waren seit August eine Reihe von Maaßregeln für rasche Eröffnung der Testamente getroffen worden. Ist nun ein Testament vorhanden, so lief erst die Frist für die c. t. b. p., und es konnte dann gleich im folgenden Jahr die sec. tab. agnoscirt werden, nach deren Agnition natürlich keine ab int. mehr deferirt wird, auf die sich auch, wenn einmal ein gültiges Testament vorhanden war, wegen der vorherrschenden Sitte die b. p. zu agnosciren, selten Jemand wird Rechnung gemacht haben.

War es aber von vorn herein klar, daß Jemand intestatus verstorben sei, so wurde nun gleich bon. poss. ab int. agnoscirt. Es konnte dies ausnahmsweise noch durch die Schwangerschaft der hinterlassenen Ehefrau, welche in possessionem mittirt war, sistirt werden, aber wenn dann der postumus geboren ist, so wird ihm sogleich die b. p. deferirt [9]). Die den liberi zustehende b. p. dauert nun ein Jahr, worauf die legitimi gerufen werden, aber allerdings so, daß hier der suus noch einmal kommt, ebenso wie er dann unde cognati noch einmal gerufen wird. Indeß wenn auch der Prätor die Agnatenklasse der Berechtigung nach hinter den suus gestellt hat, so ist doch die Frage, ob dies auch äußerlich auf die Fristen eingewirkt habe, und in der That scheint dies nicht ohne Grund bezweifelt werden zu können.

Ulpian spricht über diesen Punkt folgendermaßen:

> fr. 1. §. 11. de succ. ed. — Sed videndum est, an inter ceteros ipse quoque qui exclusus est, admittatur; utputa filius est in potestate, delata est ei b. p. ex prima parte, unde liberis defertur; exclusus est tempore aut repudiatione; ceteris defertur; sed ipse sibi succedat ex hac successoria parte? Et magis est, ut succedat, ut unde legitimi possit petere.

---

9) fr. 2. §. 4. quis ordo.

Ganz entscheidend ist freilich die Stelle nicht. Sie kann aber jedenfalls so verstanden werden, daß gleich hinter dem ordo unde liberi, die ceteri, d. h. die Agnaten gerufen werden (ceteris defertur) und daß zwischen diesen (inter ceteros), also nicht vor ihnen, es dem suus noch einmal zusteht, b. p. zu agnosciren. Daraus läßt sich erklären, was sonst sehr auffallend sein würde, daß, während doch der suus hier nicht als proximus agnatus, sondern als erste Klasse der legitimi berufen wird [10]), selbst Römische Juristen (s. Note 8) es so darstellen, als würde er tanquam agnatus gerufen [11]). Aeußerlich sah es wie eine einzige Klasse aus, indem wenn der suus ein Jahr lang deliberirt hat, ohne bon. poss. zu erbitten, es wahrscheinlich ist, daß er überhaupt keine Lust zu ihr haben werde, weßhalb denn die Agnaten sogleich b. p. binnen hundert Tagen erbitten dürfen. Aber in dieser Zeit darf auch der suus noch wiederkommen, ja es ist ihm sogar ein ganzes zweites Jahr gestattet, so daß, wenn er auftritt, die einem Agnaten gegebene b. p. als non data erscheint. Und so ist's auch wohl bei den Cognaten gewesen, indem es doch höchst unwahrscheinlich ist, daß diese noch wieder ein ganzes drittes Jahr hätten ablaufen lassen müssen, ehe sie selbst um Ertheilung der bon. poss. bitten durften.

Falls das Gesagte richtig ist, so wäre darin schon eine große Abkürzung der vielen aufeinander folgenden Fristen gegeben [12]). Es giebt aber daneben einen anderen Satz, welcher zu diesem Zwecke diente, und der mit keinem Zweifel unter-

---

10) So drückt dies auch Ulpian in der eben citirten Stelle aus, und so kann es auch nur richtig sein, denn der Prätor hat zwischen beiden eine successio anerkannt (s. Bd. I. S. XVI. Note 8), während dies für die Klasse der Agnaten nicht der Fall ist. S. auch fr. 1. §. 1. si tab. test. null. — fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris.

11) s. §. 68. Note 13. §. 103. Note 4.

12) Jedenfalls könnte dieses Wegfallen einer eigenen Frist auch erst seit dem Entstehen des ordo unde liberi gedacht werden, denn natürlich müssen ursprünglich für die drei Klassen der legitimi auch drei äußerlich verschiedene Fristen bestanden haben.

worfen zu sein scheint. Derselbe ist so durchgreifend, daß jene vermuthete Ineinanderschiebung der Fristen doch vielleicht dem Prätor nicht nöthig erschienen ist. Es ist schon im Band I. S. 103., Note 5. b) bewiesen worden, daß man den Ablauf einer Frist nicht erst abzuwarten braucht, wenn man darthut, daß ein Berechtigter in dieser Klasse nicht vorhanden oder wieder hinweggefallen ist. Also wenn man weiß, daß ein mit einem Testament Verstorbener keine Kinder gehabt, oder wenn man im Testament sieht, daß er die vorhandenen nicht präterirt hat, so kann gleich sec. tab. agnoscirt werden. Ferner wenn man weiß, daß kein gültiges Testament da ist, oder daß Instituirte und Substituten ausgeschlagen haben, und wenn auch keine Kinder, oder Agnaten vorhanden sind, so können gleich die Cognaten, oder, wenn auch diese fehlen, so kann alsbald der Ehegatte b. p. erbitten. — Dergleichen Vorhanden- oder Nichtvorhandensein von Verwandten ist in den meisten Fällen notorisch, und, was bei uns noch am Ersten unbekannt ist, die Errichtung eines Testamentes, mußte zur Zeit der klassischen Juristen, bei der Nothwendigkeit viele Zeugen herzuzuziehen, nicht weniger leicht zu constatiren sein, als sich auch ein die sec. tab. b. p. verhindernder Ungültigkeitsgrund einer existirenden Testamentsurkunde häufig ohne Schwierigkeit nachweisen ließ.

Also dies Nichtvorhandensein einer früheren Klasse war leicht dem Prätor klar zu machen, und so konnte die nächstberufene Klasse, bei dem Interesse, das sie haben mußte, den Erbschaftsbesitz zu erlangen, alsbald die bon. poss. agnosciren. Darin liegt mithin, daß in den meisten Fällen die Erbschaftsangelegenheit gleich in der nächsten Zeit regulirt sein mag. Ja man muß noch weiter gehen.

Daß die Fristen der bon. poss. utiliter berechnet werden, scheint auf den ersten Blick lediglich zu Gunsten der Berufenen zu sein. Aber das ist es keineswegs. Wenn Jemand weiß, daß der Erblasser intestatus verstorben ist, und daß er nächstes Erbrecht hat, so muß er, falls nicht noch äußerliche Hindernisse entgegenstehen, in hundert Tagen oder einem Jahr b. p. agnosciren. Er kann sich nicht damit entschuldigen, daß er erst die ihm vorstehende Frist der contra und sec. tab. habe

ablaufen lassen wollen. Ebenso ist es mit dem entferntesten Cognaten, oder dem Ehegatten, sobald kein Näherer vorsteht [13], er darf nicht bloß, er muß sich die Frist gleich vom Todestag berechnen. Dies beweist entschieden fr. 9. §. 1. unde cogn.

— **Fratris filius pro parte heres institutus, quum patruum surdum esse contenderet, atque ideo testamentum facere non potuisse, possessionem ut proximus cognatus accepit; ex die mortis temporis haberi rationem placuit, quia verisimile non videbatur, tam conjunctum sanguine defuncti valitudinem ignorasse.**

Diese Stelle ist recht geeignet, uns ein klares Bild der Verhandlungen vor dem Prätor zu geben. Es kommt Jemand und erbittet b. p. unde cognati, weil das vorhandene Testament ungültig sei. Natürlich setzt Papinian den vorgebrachten Grund der Taubheit als richtig voraus. Hier wird nun gar nicht daran gedacht, noch eine Frist der sec. tab. b. p. zu berechnen, etwa wirklich dem scriptus die b. p. zu *ertheilen*, und zu warten, bis der Brudersssohn gegen diesen auftrete und die Ungültigkeit des Testaments processualisch beweise. Dieser würde ja auch als Cognat gar keine her. pet. haben, also von einem sine re-Werden der b. p. sec. tab. kann gar nicht die Rede sein.

Vielmehr bezieht sich das contendere nur auf eine Behauptung vor dem Prätor, der allein über die Richtigkeit derselben zu entscheiden hat. In unserer Stelle fragt es sich nun, ob der Brudersssohn noch zur rechten Zeit gekommen ist (temporis haberi rationem). Indem seine Behauptung für richtig befunden, also dem scriptus gar keine b. p. mehr gegeben wird, oder die etwa schon ertheilte als non data erscheint (s. Bd. I. S. 183 u. ff.), so ist dem Cognaten die Frist

---

13) So wird in fr. 1. §. 7. unde cogn., unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß keine sui und agnati vorhanden waren, die Sache so vorgetragen, als folge die b. p. unde cognati gleich auf die sec. tab.: Si quis igitur proximus cognatus, dum heredes scripti deliberant, diem suum obierit, sequens quasi proximus admittetur, hoc est, quicunque fuerit tum deprehensus proximus locum obtinens.

gleich **ex die mortis** zu berechnen[14]). Er könnte nur hier noch anführen, daß er die Krankheit seines Verwandten nicht gewußt habe, aber eine dergleichen Behauptung ist zu unwahrscheinlich, als daß sie nicht als leere Ausflucht gleich zurückgewiesen werden müßte. Hat also allenfalls auch der Prätor ihm, der sich über hundert Tage **ex die mortis** verspätet hatte, die **b. p.** gegeben, so fällt sie doch alsbald zusammen, sobald durch irgend einen Umstand, etwa durch das Auftreten eines entfernteren Cognaten, die Verspätung an den Tag kommt.

Wenn hiernach sich die Ertheilung der **bon. poss.** in den meisten Fällen sehr rasch entscheiden mußte[15]), so bleibt es freilich dabei immer möglich, daß die hinter einander laufenden Fristen in complicirten Fällen eine lange Zeit hinwegnahmen. Es konnte ein Testament vorhanden sein, in dem ein Prätorischer Notherbe präterirt war; alsdann liefen einstweilen die beiden Fristen der **contra** und **sec. tabulas**, und erst wenn beide unbenutzt vorübergegangen waren, konnte eine wirksame **b. p. ab intestato** agnoscirt werden, die dann, jenachdem sie in eine spätere Klasse gehörte, und Personen in der vorhergehenden vorhanden waren, auch wieder erst nach längerem Aufschub deferirt wurde[16]). Für solche Fälle war das eben vermuthete

---

14) Einen ähnlichen Fall enthält fr. 14. de b. p. (ebenfalls von Papinian), wonach auch wenn das Testament als **falsum** angeklagt wird, die Frist für den nächsten Cognaten sogleich läuft, sobald dieser von der Ungültigkeit des Testaments überzeugt ist. (**Licet dies ei petendae possessionis, quam forte certus accusationis petere debuit, cessisse videtur.**) Indeß, wenn er nun auch die Zeit der Agnition versäumt hat, so soll sie doch ausnahmsweise in der Anstellung der **accusatio falsi** als geschehen fingirt werden (**quia hoc propositio accusationem instruit, ut suum jus sibi servet.**)

15) Das Streben nach rascher Erledigung der Erbschaftsregulirung zeigt sich auch in der speciellen Bestimmung bei der **sec. tab. b. p.**, daß diese durch das Schweben einer Bedingung nicht aufgeschoben werden soll.

16) fr. 1. §. 1. **quis ordo.** — **Sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si secundum eas vel contra eas bonorum possessionem nemo accepit,** (also wenn die Fristen abgelaufen sind) **intestati datur bonorum possessio.** fr. 1. §. 2. **si tab. test. null.**

mehrfache Ineinanderschieben der Fristen, wenn es überhaupt richtig ist, von Bedeutung. Freilich wird auch das nicht in aller Weise ausgereicht haben. Wenn z. B. ein suus ab intestato vorhanden ist, so hat er drei Jahr hintereinander das Recht die b. p. zu agnosciren, und geht hier immer den Uebrigen vor [17]). Danach werden sich diese Uebrigen gar nicht die Mühe geben, die b. p. zu agnosciren, sobald sie vermuthen können, daß der suus sich ebenfalls zur b. p. melden wolle [18]), und so ruht denn doch wieder Alles auf dem suus allein, der nun drei Jahre hindurch die Erbschaftsgläubiger hinhalten kann. Aber hier bestand noch wieder ein anderes Mittel, um eine raschere Regulirung der Erbschaft herbeizuführen, welches wir sogleich kennen lernen werden [19]).

§. 113. Das Resultat des vorhergehenden § ist, daß so lange die Frist eines früher Berufenen läuft, die des Späteren im Allgemeinen noch nicht begonnen hat [1]), daß *aber*, sobald in den vorhergehenden Klassen Niemand *vorhanden ist*, Jedem, auch in der letzten Klasse-Stehenden, der dies *weiß*, die Berufungszeit sogleich angerechnet wird.

Hierin liegt, daß die Ertheilung der bon. poss. vielfach von Verhandlungen und Beweisführungen abhängt, welche durchaus nicht einen Erbschaftsproceß voraussetzen, sondern lediglich vor dem Prätor vorkommen. Wir haben hier allgemein für das gesammte System der b. p. festzustellen, was früher im ersten Bande (S. 235.) schon für einzelne Punkte hat an-

17) Freilich nicht so, daß wenn im zweiten Jahr Agnaten die b. p. erhalten haben, er nun noch als Cognat agnosciren könnte. Er geht nur allen gerade in derselben Klasse noch ferner Berufenen vor.

18) Fr. 4. de legat. praest.

19) S. §. 114. am Ende.

1) Ja sogar, wenn er nur g l a u b t e, es sei ein Früherer vorhanden, so lief die Frist nicht; fr. 2. pr. quis ordo: — Fieri autem potest, ut, qui initio scierit, vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire vel non posse admittere; scilicet si, quum initio cognovisset, eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat.

erkannt werden müssen, daß nämlich das ganze Prätorische Erbrecht dauernd unter der **causae cognitio** des Prätors stehen blieb, daß es nie in bestimmte formelle Regeln eingeschlossen worden ist, denen sich der Prätor selbst unterworfen hätte. Es ist dies der Grund, weßhalb uns in den Quellen so Manches über die äußere Ertheilung der **b. p.** dunkel bleibt, gerade weil die Juristen hier gar keine bestimmten Regeln darzustellen fanden.

Dies steht der Auffassung der meisten neueren Schriftsteller entgegen. Man macht gewöhnlich nur den Unterschied zwischen einer **edictalis** und **decretalis b. p.** Erstere sei die, welche lediglich auf den Worten des Edicts ruht, und deßhalb auch vom Prätor **de plano** d. h. ohne alle weitere Untersuchung (**causae cognitio**) gegeben wird, letztere dagegen die, wofür kein feststehendes Versprechen der Ertheilung im Edicte vorhanden ist, und der also noch eine besondere **causae cognitio** über die Zulässigkeit vorausgehen muß [2]). Aber schon in den Worten liegt diese Begriffsbestimmung nicht. Freilich die **b. p.**, welche, weil darüber im Edicte nichts bestimmt ist, in Folge eines besonderen **decretum** gegeben wird [3]), setzt der

2) Fabricius. S. 156. Auch v. Löhr scheint derselben Ansicht zu sein. s. sein Magazin. II. S. 439.

3) Derartige **decretales bonorum possessiones** kommen in den Quellen mehrfach vor, obgleich sie wenigstens in der späteren Zeit nicht mehr von sehr großer Bedeutung gewesen sind. Die **b. p.** war im Edicte so vollständig und genau regulirt, daß selten eine Veranlassung vorkommen konnte, noch über das Edict hinauszugehen; und wo einmal durch die Praxis ein wichtiger Punkt angeregt wurde, an den man bisher noch nicht gedacht hatte, da wurde dann auch bald eine Regel darüber ins Edict aufgenommen. Von diesen gelegentlichen **decretales bonorum possessiones (fr. 14. §. 1. de b. p. c. t.)** sind genau die Fälle zu scheiden, wo es nach der Natur der Sache einer besonderen Interposition des Prätorischen **imperium** bedarf, mögen auch im Uebrigen vollkommen feststehende Regeln im Edicte darüber bestehen. Dahin gehören, wie wir oben schon gesehen haben, die **b. p. Carboniana** (§. 80.), ferner der Fall, wenn der Prätor gegen seine eigene Edictsregel, daß ein zu erwartender **postumus** die Delation aufschiebt, ausnahmsweise die **b. p.** ertheilt (§. 76.). Jedenfalls aber erhellt, daß der eigentliche Grund des **decretum** nie die voraufgehende **causae cognitio** ist, sondern

Natur der Sache nach voraus, daß eine causae cognitio stets vorausgehe. Aber folgt denn daraus, die edictalis werde stets ohne eine solche de plano gegeben? Edictalis b. p. heißt doch nur, daß der Prätor für einen bestimmten Fall schon im Edicte sein Erbrecht versprochen, daß er sich von vorn herein, wenn bestimmte Voraussetzungen vorhanden sind, gebunden hat. Aber darin liegt doch gerade, daß (wie dies bei jeder b. p. der Fall ist) bestimmten Voraussetzungen genügt sein muß, also allenfalls bei jeder b. p. eine Untersuchung über das Vorhandensein derselben vorkommen kann, nach deren günstigem Ausfall dann freilich kein besonderes decretum mehr erfolgt, sondern die b. p. in derselben Weise ertheilt wird, als wie sonst de plano.

Danach ist nicht zweierlei: die edictalis (welche de plano gegeben werde), und die decretalis (der eine causae cognitio vorhergehe), sondern dreierlei zu scheiden: die edictalis, welche de plano, die edictalis, welche causa cognita, und die decretalis, welche stets causa cognita gegeben wird. Letztere beiden werden pro tribunali ertheilt.

Huschke [4]) hat dies zuerst bemerkt, und danach mit Recht

---

entweder ist es der Mangel einer Edictsregel, oder eine besondere Interposition des Prätorischen Imperiums, und daraus folgt die Unrichtigkeit der Voraussetzung, daß die causae cognitiones nur bei den decretales b. possessiones vorkommen könnten. — Wir besitzen eine andere Lehre, aus deren Vergleichung sich das Gesagte vollkommen bestätigt. Die missio legatorum servandorum causa ist regelmäßig eine edictalis d. h. sie wird nach den Bestimmungen des Edicts ertheilt (ex hoc edicto iri in possessionem posse. fr. 12. ut in poss. legator.). Aber dabei können causae cognitiones vorkommen (fr. 5. §. 5. eod.). Ganz etwas Anderes ist es, wenn: extraordinario remedio opus erit, ut decreto Praetoris in possessionem mittatur (fr. 12. eod.). Das decretum stützt sich hier wahrlich nicht darauf, daß der Prätor eine causae cognitio vorgenommen hätte, sondern es bedarf einer besonderen Interposition des Prätorischen Imperium, damit der actor der municipes als der zur Mission Berechtigte gelten könne.

4) Richtersche Jahrb. 1839. Heft 1. S. 27 ff. — Er führt entscheidende Stellen an, die das bestätigen, was schon aus den Worten selbst hätte entnommen werden können. fr. 3. §. 8. de b. p. — Si causa cognita b. p. detur, non alibi dabitur, quam pro tri-

die Gränzen der b. p. decretalis beschränkt, welche Fabricius über die Gebühr weit ausgedehnt hatte, um alle Fälle der causae cognitio darunter zu bringen. Vielmehr ist hier v. Löhr (a. a. O.) weit vorsichtiger verfahren, der nur die Fälle zusammenstellt, wo die Quellen mit Sicherheit eines decretum erwähnen. Wir werden auf diese Fälle später noch zurückkommen, hier genügt es ihr an und für sich enges Gebiet nachgewiesen zu haben, während die Zulässigkeit einer causae cognitio sich viel weiter erstreckt, weiter, wie mir scheint, als alle bisherigen Schriftsteller angenommen haben [5]). Huschke gesteht sie lediglich in besonderen Fällen zu, wo Jemandem nur bedingungsweise oder gegen Caution die b. p. gegeben wird [6]),

bunali, quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita b. p. alibi, quam pro tribunali dari potest. — Fr. 2. §. 1. quis ordo. — Quid, si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? — Dasselbe sagt auch mit Berufung auf die letztere Stelle Mayer Erbrecht I. S. 407., unabhängig von Huschke.

5) Am weitesten geht noch Mayer, obgleich doch lange nicht weit genug, indem er die in Nichts begründete Einschränkung macht (S. 411.), wenn ein Anderer auftrat, der das Unbegründetsein der b. p. behauptete (nicht aber die b. p. zur sine re machen wollte), so habe das der Prätor stets in einen besonderen Proceß verwiesen. — Es steht dem schon fr. 9. §. 1. unde cogn. entgegen, wo der Cognat gegen den scriptus auftritt, und doch gleich seine Agnitionsfrist ex die mortis berechnet wird. — Ich will damit aber nicht läugnen, daß, wenn dem Prätor die Frage zwischen zwei Prätendenten zu weitläuftig schien, er bisweilen dem, der die größte Wahrscheinlichkeit für sich hatte, die b. p. gab, der dann, wenn der Gegner besaß, im Int. quor. bon. sein Recht weiter ausführen mußte. Bd. I. S. 391.

6) Wenn nämlich die b. p. durch einen Stellvertreter erbeten wird, oder wenn Jemand unter einer Bedingung instituirt ist. Fabricius und Huschke bemerken mit Recht, daß der Ausdruck „agnoscere b. p.“ stets von der edictalis gebraucht wird, und dieser kommt gerade in jenen Fällen sehr häufig vor. Petere, agnoscere und dare b. p. bedeutet ein und dasselbe; der Gegensatz ist denegare, petere non posse. Nun könnte man sagen, jede Entscheidung des Prätors heiße doch ein Decret, also, wenn er causa cognita die b. p. ertheilt, so müsse das stets eine decretalis b. p. sein. Aber das würde zu viel beweisen, denn dann müßten ja alle bonorum pos-

wogegen nach seiner Ansicht (a. a. O. S. 28.) der Prätor nicht untersucht habe, „ob der Erblasser gestorben sei, testamentifactio gehabt, das Testament gehörig gemacht habe u. s. w., sondern dies dem judex actionis ex interdicto Quorum bonorum überlasse.“ Fabricius ist derselben Ansicht, indem er (S. 162.) sagt:

„Die Agnition giebt an sich keinen Beweis der wirklich „erworbenen b. p., und die jedem Andern, als dem „nach den Vorschriften des successorium edictum „eben Berufenen, de plano ertheilte b. p. ist völlig „unwirksam und ohne Bedeutung, so daß immer nur „derjenige als wirklicher bon. possessor bezeichnet wer„den kann, qui in judicio interdicti Quorum bono„rum potior esse debet.“

Ich habe bereits bei jeder Klasse der bon. poss. im Einzelnen nachgewiesen, wie aus dem ganzen Kreise der Erfordernisse einer bon. possessio gewisse bedingende Beweise auszuscheiden sind, über die denn auch, falls der Prätor nicht schon von vorn herein den Sachverhalt kannte, eine causae

---

sessiones decretales sein, weil sie doch auf einer Entscheidung des Prätors, der sie auch denegiren konnte, ruht. — Vielmehr befolgten hier die Römer sehr natürlicher Weise eine andere passendere Terminologie. Die b. p., welche in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des Edicts gegeben wird, heißt ebendeßhalb edictalis. Gerade weil der Prätor schon im Edicte die b. p. versprochen hat, so kommt bei der einzelnen Ertheilung nur in Frage, ob die Voraussetzungen des Edicts vorhanden sind oder nicht. In ersterem Fall heißt es datio, im letzteren denegatio b. possessionis, und wenn auch zu dieser denegatio oder datio noch eine weitere Untersuchung nöthig ist, so wird sie doch kein decretum genannt, weil sie lediglich die im einzelnen praktischen Falle nöthige Durchführung des schon im Edict Angeordneten ist. — Die Terminologie der Römer steht hier also ganz dem dare oder denegare der actiones oder exceptiones gleich. — Daß es bei dem dare der b. p. wahrlich sich nicht bloß um eine formelle Erklärung des Prätors, sondern um dessen Wissen und Wollen (also auch um seine Untersuchung) handelte, zeigt auch folgende Stelle: fr. 15. de b. p. — Paulus respondit, petitionem matris solam non acquisiisse filiae impuberi bonorum possessionem, nisi si is, qui eam dedit, evidenter voluit eam impuberi dare. — Valer. Maxim. VII. 7. §. 7.

cognitio vorkommen konnte. Darin liegt, daß gar nicht bestimmte Fälle angegeben werden können, in denen stets causae cognitio, andere, in denen sie nicht Statt gefunden hätte. Es kommt auf den Zufall an, ob der Prätor schon weiß, was sonst noch untersucht werden muß. Es sind die Umstände, welche die causae cognitio hervorrufen, während dieselben auch so sein können, daß die b. p. de plano ertheilt wird. Ein sec. tab. bon. possessor kann, wenn es bekannt ist, daß der Erblasser als civis Romanus und suae potestatis schon vor einem Jahr verstorben ist, gleich de plano die b. p. erhalten [7]), während wenn er erst gestern starb, vorher klar sein mußte, ob entweder keine zur c. t. Berechtigten da seien, oder repudiirt haben. Und so ist es mit allen den unzähligen Fällen, wo eine b. p. früher agnoscirt werden kann, weil man nachweist, daß Andere, eher Berufene, nicht vorhanden seien. So ist es endlich, ganz abgesehen von den bedingenden Beweisen, überhaupt mit den vielen denkbaren Nebenumständen von welchen, wie z. B. Ablauf der Berufungsfrist, Unterworfensein des Berufenen unter väterliche Gewalt u. dergl. [8]), die Gültigkeit der b. p. abhängen kann.

Ich will hiermit keineswegs behaupten, daß der Prätor sich das Alles gleich in allen Fällen beweisen läßt. Darin läge eine völlige Verkennung seiner Stellung, wonach er keineswegs in der Lage war, sich auf so viele Weitläuftigkeiten, welche darin liegen würden, einzulassen. Aber eine eben solche Verkennung scheint es mir zu sein, wenn hier die Ertheilung der b. p. ganz der cognitio des Prätors entrückt, und stets dem judex in einem eigenen Proceß zugewiesen würde. Wie sehen

---

7) Denn daß der Prätor sich die sieben Siegel des Testaments und die Institution ansieht, kann man doch kaum eine besondere causae cognitio nennen.

8) S. z. B. fr. 59. §. 4. de her. inst. — Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit redierit, aut si sub conditione institutus est, quo tempore conditio existit. Idem et in legatis, et in bonorum possessionibus.

wir denn den Prätor in anderen Rechtsgebieten auftreten [9]) z. B. in der Ertheilung von Klagen? Seinem arbitrium ist es überlassen, ob er dieselbe noch nicht ertheilen will, wenn daraus z. B. ein praejudicium für eine major causa zu fürchten ist; ob er mehre Processe in Eins durch führen lassen will oder nicht. Und bei der Ertheilung der b. p. soll er sich die Hände gebunden, und statt oft die Sache rasch selbst abzuthun, sie stets einem eigenen Proceß zugewiesen haben? Wenn zwei Cognaten erscheinen und b. p. erbitten, und Beide behaupten die Näheren zu sein, was vielleicht sehr einfach zu ermitteln ist, so soll er Jedem die bon. poss. haben geben müssen, unter denen nun noch ein Proceß, man könnte sagen: uti possidetis bonorum possessionem auszumachen wäre? Wenn die b. p. eines Menschen erbeten wird, den der Prätor noch gestern gesehen hat, so soll er nicht haben fragen und untersuchen dürfen, ob dieser denn auch wirklich schon gestorben sei? Oder wenn Jemand kommt, von dem der Prätor weiß, daß er in väterlicher Gewalt steht, dem soll er nicht haben befehlen können, daß er hingehe und seinen in der Stadt anwesenden Vater herbeihole, um zu erfahren, ob dieser auch einwillige?

Und so ließen sich die Fragen ins Unzählige vermehren, welche, wenn man sie alle verneint, das Resultat herbeiführen würden, daß der Prätor in einem einzigen Erbfall allen=

---

9) Man vergleiche nur einmal die der b. p. sehr nahe liegende Thätigkeit des Prätors bei der Eröffnung der Testamente. Wenn dabei causae cognitiones vorkamen, wie dies in einzelnen Stellen des Titels testam. quemadm. aper. ausdrücklich hervorgehoben wird (fr. 2. §. 4. fr. 8.), so ist gar nicht einzusehen, weßhalb das nicht ebenso auch bei der Handhabung der b. p. habe vorkommen können und müssen. — S. ferner z. B. fr. 23. §. 4. de her. inst. fr. 6. §. 3. si quis omissa causa. fr. 29. de usu et usufr. leg. fr. 6. 8. pr. 13. §. 1. de opt. legat. fr. 65. §. 2. ad SC. Trebell. fr. 5. §. 5. ut in possess. legator. fr. 5. §. 1. quib. ex caus. in poss. fr. 1. §. 14. de separation. fr. 1. §. 9. de stip. praetor. (»summatim cognoscere«). Fr. 3. de in int. rest. Namentlich ist noch hervorzuheben fr. 9. §. 6. de interr. in jure: Summatim igitur Praetor cognoscere debebit, quum quaeratur, an quis respondere debeat, quo jure heres sit, ut si valde interesse compererit, plenius responderi jubeat; quae obtinere de-

falls Hunderten die b. p. hätte verleihen müssen [9a]), unter denen dann ein wahrer Concursproceß von Interdicta quor. bon. [10]), ein bellum omnium contra omnes hätte entstehen müssen.

Nur noch an ein Beispiel will ich hier erinnern [11]), das in der oben citirten Stelle (fr. 9. §. 1. unde cogn.) enthalten ist. Wenn ein Testament ungültig ist, weil der Testator taub war, so wird nicht etwa erst auf alle Fälle sec. tab. b. p. gegeben, und dann hätte der nächste Verwandte unde cognati agnosciren und mit dem Int. quor. bon. siegen müssen, sondern Ersterer erhält gar keine, und dem Letzteren wird seine Frist ex die mortis berechnet. Also der Prätor kann hier ebenso thätig bei Denegirung einer b. p. wie sonst bei der einer Klage sein [12]).

Ich glaube, die Sache läßt sich in vier Punkte trennen:

1. In sehr vielen Fällen, wo der Prätor schon mit Gründen entschieden bekannt ist, die der Agnition einer b. p. entgegenstehen, denegirt er von vorn herein die b. p.; also wo er Gründe hat, zu vermuthen, daß dergleichen vorhanden sei, untersucht er sogleich selbst, und läßt sich das Nichtvorhandensein des Hindernisses darthun [13]).

---

bent non solum in heredibus, sed etiam in honorariis successoribus.

9a) Fr. 8. pr. de stip. praet. — Praetor beneficium suum nemini vult esse captiosum. Ohne ein directes persönliches Ueberwachen der Erbschaftsangelegenheiten würde der Prätor diesen Zweck, Jedem soviel wie möglich zu seinem Recht zu verhelfen, nie erlangt haben.

10) Und warum soll es denn gerade immer das Int. quor. bon. sein, worin diese Streite geltend gemacht würden, da doch, wie wir gesehen haben, dies gar nicht das Gesammt-Rechtsmittel für die b. p. ist?

11) S. auch noch namentlich das schon Bd. I. S. 176. Note 3. erwähnte fr. 7. pr. de b. p.

12) S. auch z. B. fr. 10. de Carb. ed. fr. 5. si a parente quis manumiss. (fr. 97. §. 2. de verb. obl.) fr. 1. §. 10. in fin. § 15. de inspic. ventre.

13) Sehr natürlich, daß wenn der Prätor noch nicht von dem Tode eines Menschen gehört hat, er sich gleich vom Ersten, der b. p. erbittet, nachweisen läßt, daß derselbe gestorben sei.

2. Gar oft wird der Prätor, der zu Gericht saß, und die Sachlage gleich genauer untersuchen wollte, durch andere ihm obliegende Geschäfte verhindert gewesen sein, sogleich, wenn der erste Nachsuchende erschien, darauf einzugehen. Er wird ihn auf eine andere Session, wo er Zeit hatte, wieder beschieden haben, um dann die etwa erforderlichen Beweise vorzubringen, wobei denn natürlich die Zwischenzeit in die Frist nicht mit eingerechnet wurde [14]).

3. Häufig wird der Prätor pure die b. p. ertheilt haben, ohne auf etwaige Hindernisse einzugehen, dies bis auf die Behauptung eines Nachfolgenden versparend, der daraus die Ungültigkeit der früheren b. p. ableiten will; sobald aber der Punkt zur Sprache gebracht wird, so untersucht ihn dann der Prätor selbst [15]).

---

14) Fr. 2. §. 1. quis ordo. — Dies bonorum possessionis utiles esse palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit Quid si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? Sessiones erunt nobis computandae, quibus sedit is, quibusque per ipsum Praetorem factum non est, quominus daret bonorum possessionem. §. 2. In bonorum possessione, quae pro tribunali datur, illud quaeritur, si sedit quidem Praetor pro tribunali, sed postulationibus non dedit; potest dici, tempus ad bonorum possessionem non cedere, quum Praeses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus.

15) S. z. B. jene Stelle (fr. 9. §. 1. unde cogn.), wonach dem Cognaten die Frist ex die mortis berechnet wird, und sie ihm schon gegeben ist (accepit). In Folge des Auftretens eines späteren Cognaten kann sie für ungültig erklärt werden, wenn die Frist nach jener Berechnung schon verstrichen war. — S. ferner fr. 3. §. 3. de Carb. ed. und fr. 11. pr. de b. p. c. t. »repellitur ab ea possessione. Idem puto et in eo, qui pure quidem, sed non jure scriptus sit heres. Sämmtliche vernichtenden Beweise konnten zu diesem Zwecke vorgebracht werden. — Seitdem die Eröffnung der Testamente unter die Aufsicht und Leitung des Prätors gestellt worden war (tit. D. testam. quemadmodum aperiantur), erschien es sehr natürlich, daß hiebei die Frage, wer instituirt sei, constatirt wurde, daß also auch schon vorher die b. p. sec. tab. ertheilt werden konnte, unter der Voraussetzung, daß sich die Institution des Nachsuchenden nachher bestätigen werde. (fr. 1. §. 4. de

4. Freilich aber wird er auch nicht selten einen Ungültigkeitsgrund der b. p. durchaus dem Vorbringen und der Untersuchung in dem Processe überlassen haben, welcher zuerst vom b. possessor angestellt wird (entweder eine fictitia actio, oder das Int. quor. bon.); weniger wohl dann, wenn ein eigener Bewerber um die bon. poss. der Gegner ist, denn dann wird schon bei dessen Agnition die Sache vor dem Prätor zur Sprache gekommen, und dem Ersten unberechtigten Erbittenden die b. p. aberkannt sein [16]), als vielmehr in den Fällen, wo ein auf die Erbschaft selbst nicht Anspruch Machender nur das Recht des Klägers läugnet; denn dann war der vom Bekl. behauptete Ungültigkeitsgrund dem Prätor vorher noch gar nicht zu Ohren gekommen.

Gerade für diesen letzteren Fall hat die Verweisung an den judex ihre besonders natürliche Erklärung, während sie sonst die größten Uebelstände herbeigeführt haben würde, wie dies bereits im ersten Bande S. 391 ausgeführt ist. Der

jur. et facti ign.). Dabei bleibt es nicht minder wahr, daß das Instituirtsein wahre Bedingung für die Gültigkeit der sec. tab., sowie das Präterirtsein für die der c. t. b. p. blieb. Wurden beide b. possessiones nach der Testamentseröffnung erbeten, so entnahm dann der Prätor einfach aus dem Ergebniß der Publication die Entscheidung über Zulässigkeit der b. p.

16) Es kommt indeß auch in solchem Falle allerdings eine Verweisung an den judex vor. In fr. 5. §. 1. de his quae ut indign. wird vorausgesetzt, daß die Cognaten behaupten, das Testament sei in der Art non jure factum, um auch gegen sie nicht aufrecht erhalten werden zu können. Nachdem nun die Cognaten b. p. agnoscirt haben, soll der Umstand, daß sie vom scriptus heres schon ein Legat ausgezahlt bekommen haben, kein Hinderniß gegen die Einforderung der ganzen Erbschaft sein, sobald nur aus ihrer Person sich ein Entschuldigungsgrund für jene Einforderung des Legats und die darin liegende Anerkennung des Testaments vorbringen läßt. Der Jurist aber sagt ausdrücklich, daß dies vom judex untersucht wurde: Prohibendi autem sint an non, ex cujusque persona, conditione, aetate, causa cognita a judice constituendum erit). Hier hat also der Prätor bei der Ertheilung der b. p. unde cognati die Frage, ob die Legatsannahme ein Hinderniß der b. p. sei, ununtersucht gelassen, und dem judex anheimgestellt. Dagegen die andere Frage, ob das testamentum in der Art non jure factum sei, daß es der b. p. unde cognati nicht entgegenstehe, wird schon der Prätor in Betracht gezogen haben.

Prätor würde nämlich sonst dem bon. possessor einestheils ganz unnütze Weitläuftigkeiten gemacht haben, weil dieser in einer Reihe von Processen stets dieselben Sachen beweisen müßte; anderntheils würden die Vortheile, welche in der bon. poss. lagen, daß nämlich durch Prätorisches imperium ein Repräsentant constituirt wird, mit dem Gläubiger, Schuldner, Legatare ohne Gefahr in Verbindung treten konnten, völlig elidirt sein. Denn war die vom Prätor de plano ertheilte b. p. noch „ohne alle Bedeutung und Wirkung", wie Fabricius sagt, so war jeder Schuldner, der an und für sich gern zahlen wollte, gezwungen, einen Proceß anzufangen, damit der Kläger nun erst in diesem Proceß die Rechtmäßigkeit seiner b. p. darthun konnte. Und jeder Gläubiger, der ganz klares Recht hatte, und gern einen Proceß vermeiden wollte, mußte ihn doch beginnen, nicht weil sein Recht ihm bestritten würde, oder weil das Ertheiltsein der b. p. unsicher wäre [17]), sondern weil, was der Kläger gar nicht bestreitet, die Rechtmäßigkeit der b. p. erst hätte bewiesen werden müssen. Oder soll man *glauben*, daß der Prätor, der selbst nicht die Nothwendigkeit der b. p. untersucht hätte, nun auch die Parteien von einer Untersuchung vor dem judex freigesprochen hätte? Das hieße der Unredlichkeit Thür und Thor öffnen [18]).

Und sollen wir denn überhaupt glauben, daß bei den Römern alle Erbschaftsangelegenheiten nur durch Processe regulirt werden konnten? Soll der Prätor das, was er um des Interesses der verschiedensten Person willen eingeführt hat, und was doch gewiß in gar vielen Fällen ohne allen formellen Rechtsstreit auseinandergesetzt werden konnte, — ganz unweise, bloß um seine eigenen Geschäfte zu vermindern, so eingerichtet haben, daß gerade diese wünschenswertheste Regulirungsart nie eintreten konnte? Wir müssen doch für eine solche Beschuldi-

---

17) Dies wird durch Interrogatio in jure festgestellt. fr. 2. de interr. in jure.

18) Dann hätte z. B. ein Gläubiger, dem eine exceptio entgegenstand, unter allem Schein Rechtens mit einem beliebigen possessor hereditatis, der irgend eine b. p. de plano erbat, und ihm nur das Geld auszahlte, den daraus entstandenen Gewinn theilen können.

gung erst nach Beweisen fragen, ich wüßte aber nicht, daß dergleichen vorgebracht worden wären.

§. 114. Nachdem wir jetzt die äußere Handhabung des successorium edictum haben kennen lernen, welches auch in seiner völligen Ausbildung dazu dient, durch Anordnung von Deliberationsfristen eine Reihenfolge der Berufungen möglich zu machen, — so haben wir dem das Civilrecht gegenüberzustellen, und zu zeigen, inwieweit dessen Theorie über die Delation der Erbschaft von dem geschlossenen System der b. p. abwich, und wie weit sie wieder damit übereinstimmte.

In unserem ersten Bande ist die Untersuchung schon bis zu den Sätzen geführt, daß das civilrechtliche System keine Succession in den Intestatklassen (S. 108—110. S. 206 ff.), wohl aber eine solche von der testamentarischen zur Intestatsuccession anerkannt habe (S. 111 ff.). Letzteres in eigenthümlicher an eine Interpretation der 12 T. angelehnter Weise, und ohne daß darin für den testamentarischen Erben eine Deliberationsfrist läge. Diese Mängel des Civilrechts auszugleichen, dazu diente gerade die b. p., und die Nachtheile, die dem heres drohten, wenn er sie verschmähte, die Vortheile, welche ihm geboten wurden, wenn er sie agnoscirte, rechtfertigen zur Genüge die Annahme, daß durchaus in den meisten Fällen der heres die Prätorischen Deliberationsfristen eingehalten haben wird. Aber direct, bei Verlust seines civilen Erbrechts, dazu gezwungen war er doch nicht, und so kommt es, daß das civilrechtliche System der Delation in einen wahren formellen Gegensatz zum Prätorischen tritt. Es mag doch gar oft, wenn gleich gewiß nicht in der Mehrzahl der Fälle, vorgekommen sein, daß der heres lediglich sich mit seinem Civilrecht begnügen wollte, daß weil ein vom Civilrecht Berufener vorhanden war, Niemand nun Lust hatte, eine b. p. zu agnosciren, welche nur Weitläuftigkeiten und keinen reellen Nutzen versprach, da sie in jedem Augenblicke zur sine re gemacht werden konnte. Hier wissen also wieder die Creditoren Niemanden, „cum quo congrediantur“, sollen sie kein Mittel gehabt haben, jetzt, wo die b. p. keine Aushülfe gewährt, den säumigen heres zur Antretung zu zwingen?

Allerdings; dies Mittel ist das **jus deliberandi**, welches deßhalb auch seinem Zwecke gemäß in den Pandekten zwischen den Lehren von der civilrechtlichen Succession in einem eigenen Titel seinen Platz hat [1]). Offenbar muß uns dies Institut, das mit der b. p. denselben Boden der Entstehung gemein hat, vom größten Interesse sein.

Jedenfalls ist das jus deliberandi, wenn auch für den civilrechtlichen Erben bestimmt, Prätorischen Ursprungs. Die Römischen Juristen handeln dasselbe in den Büchern ad edictum ab, und in den Pandekten sind uns noch zwei Stellen aus dem Edicte aufbewahrt, wovon die eine das allgemeine Deliberationsrecht feststellt [2]), die andere den besonderen Fall betrifft, wenn der Berufene ein Pupill ist [3]). Letzteres kennt schon Labeo [4]).

Wann dies ganze Institut aufgekommen ist, wage ich nicht zu entscheiden, aber daß es später sein müsse als die b. p., kann man, glaube ich, mit einiger Sicherheit schon deßhalb annehmen, weil sonst das Aufkommen des successorium edictum, wenn schon Deliberationsfristen für den Civilerben vorhanden gewesen wären, sich schwer verstehen ließe. Und im Gegentheil bietet die entgegengesetzte Auffassung eine durchaus natürliche, mit Nichts im Widerspruch stehende Rechtsentwicklung dar. Im Anfange will der Prätor, um des Interesses der Creditoren willen, den heres noch nicht bei Verlust seines Erbrechts zur Antretung bewegen. Das ist die b. p. Später aber, als diese sich schon beim Volke eingelebt, so daß bereits Cicero den Verres wegen ihrer willkührlichen Umgestaltung anklagen konnte, da durfte auch der Prätor weiter gehen, und dem heres, der das Prätorische Rechtsmittel verschmähte, bei Verlust seines Erbrechts auf Antrag der Creditoren eine Frist setzen.

Die Sache läßt sich aber noch genauer nachweisen. Die bon. poss. kann gewiß nicht, wie im ersten Bande (S. 89) ausgeführt ist, hinter die Rutiliana actio (im Jahr 649) ge-

---

1) Dig. XXVIII. 8. de jure deliberandi.

2) Fr. 1. §. 1. de jure del. — Ait Praetor: si tempus ad deliberandum petet, dabo.

3) Fr. 7. pr. eod.

4) Fr. 7. §. 2. eod.

setzt werden, vielmehr muß sie schon geraume Zeit vorher bestanden haben. Durch den Prätor Rutilius aber wurden erst die Grundsätze über die bonorum venditio im Edicte festgestellt [5]). Da sich nun mit Sicherheit nachweisen läßt, daß das jus deliberandi eine weitere Ausbildung dieses Edictes über die bonorum venditio ist, so muß das jus deliber. späteren Ursprungs sein, als die b. p.

Diese Nachweisung des Zusammenhangs der bon. emt. mit dem jus deliberandi liegt schon in den Worten des Gaius III. 78:

> Mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere.

Es muß gewiß sein, daß keine b. p. agnoscirt werden kann, und das ist dasselbe, was Ulpian in fr. 1. pr. de succ. ed. sagt, daß nämlich das successorium edictum dazu diene, die bonorum venditio zu verhindern. Aber ebenso gewiß muß es auch sein, daß kein heres eintreten werde, und gerade dazu dient das jus deliberandi. Früher war die Besitzergreifung der Güter durch die Gläubiger eine rein factische Gewalthandlung gewesen, die höchstens durch Prätorische Decrete geregelt wurde. Um dies verhaßte Verfahren so viel wie möglich zu hindern, ward das successorium edictum gegeben, und für den Fall, daß dies nicht ausreichte, stellte dann Rutilius zuerst genaue Edictsregeln auf. Daher kam es, daß überhaupt diese bon. venditio ganz nach dem Vorbilde der bon. poss. mit Klagen versehen ist. Die bon. vend. war gleichsam die letzte außerordentliche Klasse der bon. poss., und sie trat damals immer ein, wenn letztere kein Resultat gegeben hatte. Aber bald mußte man, um sie soviel wie möglich zu vermeiden, daran denken, auch wenn die b. p. nicht ausreichte, den heres noch auf andere Weise heranzuziehen, und so ist denn in der späteren Zeit, die Gaius im Auge hat, das Zunicht-Werden aller civilrechtlichen und Prätorischen Delation

5) Gai. IV. 35.

die Vorbedingung der **bonorum venditio** [6]). So sagt er denn auch II. 167.

> **solet tamen Praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velint adeant hereditatem; si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.**

Wegen dieses Zusammenhangs handeln denn auch die Römischen Juristen das **jus deliberandi** bei den **missiones in bona** und bei der **bonorum venditio** ab, Ulpian im 60. Buche **ad edictum**, Paulus im 57. [7]). Wenn daher die Pandekten hier die Ordnung des Edicts befolgt hätten, so würde der Titel **de jure deliberandi** im 42. Buche zwischen dem vierten und fünften Titel stehen. Alles bei dem **jus deliberandi**, wie es in den citirten Stellen zu lesen ist, wird aus der demnächstigen **bonorum venditio** erklärt, die Ernennung eines **curator bonorum**, die einstweilige etwaige Immission der Creditoren, die Regeln für minderjährige oder unter einer Bedingung eingesetzte Erben, die Art, wie der Erbe (durch Denegation der Klagen) sein Erbrecht verliert.

Hierdurch gewinnen auch die beiden Stellen **fr. 69.** und **70. de a. vel o. her.** ein neues Licht. Ihre Aufnahme in diesen Titel zeigt genügend Justinians Willen an, daß civil=

6) Seit der **lex Julia** wurde auch noch das Recht des Fiskus an den **bona vacantia** dazwischen geschoben. fr. 1. §. 2. de jure fisci. fr. 1. pr. de succ. ed. und die eben citirte Stelle des Gaius „**alius justus successor**“). — s. Schröter in d. Zeitschr. f. Civ.=R. und Proc. X. S. 103 ff. — Im äußersten Fall konnte, wenn Niemand wegen der Ueberschuldung unbedingt antreten wollte, der berufene **heres** den Creditoren Procente bieten, worauf dann **decreto a Praetore interposito** die her. aditio erfolgte. fr. 54. §. 1. de manumiss. test. Man sieht, daß Alles angewandt wurde, um die bon. venditio zu verhindern. s. auch noch fr. 5. de curatorib. furioso.

7) Vergleiche fr. 1. 3. 7. de jure delib. fr. 69. de a. vel o. her. fr. 8. quib. ex caus. in poss. fr. 5. de reb. auct. jud. (Ulpian) ferner fr. 2. de jure delib. fr. 70. de a. vel o. her. fr. 9. quib. ex caus. in poss. fr. 4 u 6. de reb. auct. jud. fr. 1. de curat. bon. dando. (fast wörtlich übereinstimmend mit fr. 23. §. 3. de her. inst.) — (Paulus).

rechtlich eine Succession von der testamentarischen zur Intestaterbfolge bestehen soll [8]). Aber Ulpian und Paulus meinen es anders, sie sprechen nur von der Art, wie der Prätor, nach Analogie der b. p. [9]), das jus deliberandi ertheilt, und wie

8) s. Bd. I. S. 118. Note 2. Es ist dort aus Versehen das fr. 70. dem Ulpian zugeschrieben.

9) Besonders interessant ist die Darstellung des Pomponius (libro I. ad Sabinum) in fr. 23. de her. inst. — Si quis instituatur heres in diem certum vel incertum, is bonorum possessionem agnoscere potest, et tanquam heres distrahere hereditatem. (Also in der Verleihung der b. p. durch das imperium des Prätors liegt sogleich das Recht der selbständigen Verfügung über die Erbschaft. Und da dies keine decretalis b. p. ist, so sieht man recht, wie sich von der Verleihung durch den Prätor, nicht erst seit einem Proceß vor dem judex die rechtliche Wirkung der b. p. datirt.) Sed si bonorum possessionem non admittat, sed conditionem trahat, cui facile parere possit, veluti si servum, quem in potestate habet, manumiserit, nec menumittat (also das Folgende ist nur ein Aushülfsinstitut, da wo die b. p. vom heres nicht agnoscirt wird, und auch kein Anderer Lust hat) hic Praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas. (Also wenn die b. p. nicht ausreicht, so ahmt der Prätor das jus deliberandi nach, welches den Antrag der Creditoren voraussetzt. Man sieht hieraus so recht das Ineinandergreifen der b. p. und des jus deliberandi und die Einheit der Tendenz bei der Handhabung beider Institute.) Item si conditioni heres parere non poterit, quam in sua potestate non habebit, veluti institutione collata in alterius factum aut quendam casum: „si ille", puta, „Consul factus fuerit", tunc postulantibus creditoribus constituet Praetor, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere jussurum, et interim quae urgebunt per curatores distrahi jussurum. Also auch in diesem Falle einer nicht-potestativen Bedingung war die Agnition der b. p. weit vortheilhafter, da alsdann schon vor Eintritt der Bedingung der Institutus mit der Erbschaft schalten kann, während wenn ihm ein spatium deliberandi gesetzt wird, er nur noch die Erbschaft antreten kann, wenn innerhalb desselben die Bedingung eintritt. Uebrigens setzt die Anordnung des spat. del. bei casuellen Bedingungen den Antrag der Creditoren voraus, während bei potestativen der Prätor ganz aus eigener Machtvollkommenheit eingreifen kann. s. auch fr. 4. pr. de reb. auct. jud.

nach Ablauf dieser Frist die actiones denegirt werden. Zu diesem durch den Prätor erreichten Resultat vermochte man mit Regeln des Civilrechts nicht zu gelangen, aber man suchte Beide doch wenigstens einander zu nähern, indem man durch jene eigenthümliche Interpretation der 12 Taf. (Bd. I. S. 115 u. ff.) für den Fall des destitutum testamentum eine civilrechtliche Succession herausbrachte. Nichts ist daher wohl natürlicher als die Annahme, daß man auf die Möglichkeit dieser Interpretation erst aufmerksam wurde, als durch das Vorbild der b. p. das Streben erwacht war, soviel wie möglich auch im reinen Civilrecht eine successive Delation mehrer Klassen zu rechtfertigen [10]).

Diese Einwirkung des Vorbildes der b. p. ist nun auch namentlich in der Zeitdauer des spatium deliberandi gar nicht zu verkennen. Dasselbe soll wenigstens immer hundert Tage betragen, und das ist ja gerade auch die regelmäßige Frist der bon. poss. Natürlich aber kann sich hier der Prätor wieder nicht so die Hände binden, daß er nicht nach Lage des Falles die Frist auch einmal verlängern sollte [11]).

Hiernach scheint mir der Gegensatz und doch wieder das historische und praktische Ineinandergreifen der bon. possessio

10) Auf diese Argumentation ist Band I. S. 118. Not. 3. gedeutet.

11) fr. 2 und 3. de jure delib. — Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi. — Nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam saepius diem ad deliberandum dandum esse, dum Praetori suadeatur, tempus, quod primum aditus praestituerat, non suffecisse. — Von diesem, auf Nachsuchen der Creditoren dem Civilerben gesetzten spatium deliberandi hat auch ohne Zweifel Paul. rec. sent. IV. 8. 21. gesprochen, was aber in der Westgothischen Compilation arg verstümmelt ist: Legitimi heredes jure civili intra centesimum diem nisi adierint hereditatem, ad proximos eadem successio transfertur. In dieser Fassung passen die Worte schlecht zu dem gleich folgenden §. 23: In hereditate legitima successinoi locus non est: et ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest, quia omnis successio proximiori defertur.

und des **jus deliberandi** zur Zeit der klassischen Juristen genügend auseinandergesetzt. Und so ist es denn auch wegen der nahen Verwandtschaft beider Institute kein Wunder, daß der Prätor das **jus deliberandi** sogar wieder auf die **bon. possessio** zurückwandte in den Fällen, wo, wie wir oben dargestellt haben, auch das **successorium edictum** gar zu lange Fristen darbot. (s. §. 112 am Ende). So sagt **fr. 1. §. 12. de succ. ed.**:

> **Ideoque placuit eis (parentibus liberisque) praestitui annum, scilicet ita moderate, ut neque ipsi urgerentur ad bonorum possessionem, neque bona diu jacerent. Sane nonnunquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in jure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut si repudiare se dicant, sciant creditores quid sibi agendum sit, si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt.**

So sehen wir recht klar, wie der Prätor sowohl für Civil- als Prätorische Erben als regelmäßige Deliberationsfrist die von hundert Tagen (die alte Cretionsfrist) aufrecht erhält[12]), und daß er hierauf auch soviel wie möglich das Jahr der **parentes et liberi** zurückzuführen sucht, ohne ihnen doch diese Frist zu schmälern, wenn sie darauf bestehen. Gewiß aber konnten auf diese Weise die Creditoren es bewirken, daß z. B. bei dem **suus**, dem drei Jahr lang die **b. p.** lief, und der sichtlich die Gläubiger hinziehen wollte, wenigstens nach Ablauf des ersten Jahres die **bonorum venditio** eintritt.

---

12) Von der andern Seite ist auch in einem besonderen Falle das Jahr, welches den Kindern zur Deliberation gegeben wird, von der b. p. auf die **hereditatis aditio** übertragen worden. **fr. 6. §. 1 ad Sc. Tertull.**

Druck von E. A. Huth in Göttingen.

Die Bonorum possessio.

Ihre geschichtliche Entwicklung

und

heutige Geltung,

dargestellt

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,
ordentl. Professor der Rechte zu Rostock.

Zweiter Band.
Zweite Abtheilung.

Göttingen,
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1848.

Inhaltsangabe.

Drittes Buch.

Die b. p. in der späteren Kaiserzeit.

Seite

Zweites Kapitel.

Umgestaltung des Begriffs und der einzelnen Klassen der bon. poss.

Drittes Kapitel.

Veränderungen in den formellen Agnitionsregeln.

Seite

Viertes Kapitel.

Umgestaltung des Interdictum quorum bonorum.

Viertes Buch.

Die b. p. in der Justinianeischen Compilation.

Erstes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze.

Einleitung.

Seite

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Theile der bon. poss.

Seite

Fünftes Buch.

Die Reception der bon. poss. und das heutige Recht.

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Geltung des Prätorischen Erbsystems in der neueren Zeit.

Zweites Kapitel.

Die Lehre vom Einsatz.

Drittes Buch.

Die bonorum possessio in der späteren Kaiserzeit.

Einleitung.

§. 115. Wir haben es in diesem Werke mit einem Institute zu thun, das vielgestaltig durch den Lauf der Zeiten sich hindurchzieht, das dem Umschwunge der Verhältnisse nicht unverändert Trotz zu bieten vermochte, sondern durch sie nach und nach ein ganz anderes wurde. In dem ersten Buche habe ich zu zeigen versucht, wie der Begriff der **bon. poss.** zur Zeit der klassischen Juristen aufzufassen ist, ein Begriff, dessen unverändertes Bestehen sich bis in die ältesten Zeiten unseres Institutes zurückführen läßt. Das zweite Buch leitete uns zu den Erweiterungen, welche auch schon den klassischen Juristen bekannt sind, aber theilweise bereits sich als Ausnahmen neben den ursprünglichen Begriff stellen. Diese Ausnahmen bilden den Uebergang zu den späteren Zeiten, in denen die Thätigkeit der Magistrate für die Fortbildung des Rechts erloschen ist, und eine frische lebensvolle wissenschaftliche Behandlung nicht mehr in den Kräften der damaligen Juristen liegt. Die Kaiser sind es jetzt, welche das Recht durch Gesetze bearbeiten, aber sie thun es, so viel Luxus sie auch mit Worten treiben, nur soweit der nothwendige Hausbedarf sie führt. Und nicht allein, daß sie ihre wissenschaftlichen Kräfte in Beziehung auf Productivität nicht mit denen der vorangehenden Zeiten zu messen vermögen, sie sind auch nicht einmal im Stande, das wissenschaftliche Erbtheil vergangener Zeiten gehörig zu bewahren, und vor Verwirrung und verkehrter Anwendung zu schützen.

In diese Zeiten treten wir jetzt ein. Wie in so vielen anderen Theilen des Römischen Rechts werden auch für die

bon. possessio die Quellen dunkler, das Studium derselben erhält eine gewisse Unerfreulichkeit, weil wir es hier nicht mehr immer mit juristischer Schärfe und vernünftiger Rechtsfortbildung zu thun haben, welches Lob wir im Ganzen doch den vorhergehenden Zeiten unbedenklich ertheilen dürfen. Aber statt dessen treten hier andere Umstände hervor, die unser Interesse erwecken, und Anziehungskraft genug haben, um uns auch in den wissenschaftlich ungebildeteren Zeiten dem Fortschreiten des Rechtes mit Liebe nachforschen zu lassen. Wir haben es einestheils mit einer Zeit zu thun, die der unsrigen näher liegt, und zur klaren Erfassung des heutigen Rechts von ganz besonderer Wichtigkeit ist. Das Recht der klassischen Juristen ruht gerade in unserer Lehre auf Grundlagen, die unserem heutigen Leben vollkommen fremd sind, und die Keime dessen, was wir als das heutige Recht hinzustellen haben, gehören hauptsächlich erst der späteren Zeit an. Da aber uns Juristen der Blick auf die Gegenwart unseres Rechtes stets die Grundrichtung und das eigentliche Ziel unserer Studien sein muß, so werden wir für die Unwissenschaftlichkeit der Zeiten, die wir bis zu unserem Ziele nicht überspringen können, doch wieder entschädigt. Wir finden hier die Elemente des Rechts, welches noch heutzutage besteht, und ihnen das nöthige wissenschaftliche Leben und die gehörige Durchbildung zu geben, deren sie früher entbehrten, das hängt eben lediglich von uns selbst ab. Nicht darauf kommt es an, daß wir dieselben Rechtssätze haben müßten, welche zur Zeit der Römischen Jurisprudenz galten, sondern daß wir die heutzutage geltenden Institute derselben ächt wissenschaftlichen Behandlung unterwerfen, wie die Römer es mit den ihrigen gethan haben. Und dazu sollen uns die klassischen Juristen Muster und Vorbild sein.

Hierzu gesellt sich noch ein anderer Umstand, welcher der Erforschung auch der späteren Kaiserzeit Reiz verleiht. Freilich geben uns die einzelnen neuen Bestimmungen der Constitutionen oft wenig Zeichen von einer wohlüberlegten, Alles gehörig überschauenden Fortbildung des Rechts, aber es kommt öfter vor, daß, wo Niemand auftritt und die Leitung übernimmt, die Zeit sich selbst halb unbewußt hilft. Rechtsumbildungen werden oft aus innerem practischen Bedürfniß zu einem ganz vernünftigen

Endresultate geführt, obgleich ein klarer Wille der Umgestaltung und ein Voraussehen des Zieles, zu dem man gelangen werde, nicht vorhanden ist. Ich hebe dies gleich hier hervor, um den Leser der folgenden Darstellung zu der Prüfung zu veranlassen, ob nicht gerade das Institut der b. p. ein sehr treffendes Beispiel zu dieser Bemerkung gewährt. Wir werden es nachher genauer untersuchen, ob nicht, seitdem die lebendige Rechtswissenschaft, und die frühere freie Stellung des Prätors, die beiden Hauptträger und Stützen unseres Institutes, verschwanden, die b. p. eine ganz andere Gestalt gewinnen mußte. Ob nicht, da es sich hier nur um das Wegfallen von bisher vorhandenen Voraussetzungen handelt, die ganze Umwandlung von selbst eintreten mußte, für die wir also nicht nach äußeren Gesetzen als den eigentlichen Ursachen suchen dürfen.

Es ist hier gerade der passende Ort, um das Bestehen der b. p. in dem langen Laufe der Jahrhunderte in großen Zügen zu charakterisiren. Wollen wir Perioden machen, so müssen, scheint mir, deren zwei angenommen werden. Die erste reicht bis zu dem Punkte, auf dem wir jetzt stehen, also bis zum Ende der Römischen Jurisprudenz. Bis dahin liegt dem Institute ein und derselbe juristische Begriff zum Grunde. Aber freilich wurde derselbe durch den Umfang, den es nach und nach einnahm, durch die Nebenzwecke, zu denen man es benutzte, weit überflügelt. Trotz dem hielt man noch immer am alten Begriffe fest, aber es konnte die Zeit nicht ausbleiben, wo er weichen, und einem neuen Begriffe Platz machen mußte. Dies geschah gegen die Zeit des Diocletian hin, und so beginnt hier denn ein ganz neues Wesen des Institutes. Die Kaiserconstitutionen sind davon nicht der eigentliche Grund, sie sind sehr viel wichtiger für uns als Zeugen wie als Urheber der Rechtsänderung. Das was sich in dieser späteren Kaiserzeit entwickelt hat, ist noch die Grundlage unseres heutigen Rechtes. Justinians Compilation ist allerdings ein sehr hervortretender Punkt in dieser großen zweiten Periode, aber sie ruht einestheils auf dem, was sich vor ihm festgestellt hatte, und sie ist anderntheils nicht directe Quelle unseres heutigen Rechts, indem auch nach Justinian unsere Lehre noch wieder einer selbständigen Rechtsfortbildung unterworfen gewesen ist. Danach zerfällt

also die zweite Periode in drei kleinere Zeiträume, die sich in den drei vor uns liegenden Büchern darstellen, die spätere Kaiserzeit vor Justinian, die Justinianeische Compilation, und die Reception der b. p. von den Glossatoren an. Die beiden hinter uns liegenden Bücher dagegen sind, weil hier ein anderer Begriff dem Institute zum Grunde lag, die Darstellung einer rein vergangenen Zeit. Sie enthalten historische Vorarbeiten, die freilich nicht fehlen durften, die aber zu einer directen Anknüpfung an unser heutiges Recht sich nicht eignen.

§. 116. Es ist nun sehr auffallend, daß in neuerer Zeit der ersten Periode der b. p. sehr eifrige Forschungen gewidmet worden sind, während über die zweite ein ziemliches Stillschweigen herrscht. Ich habe nicht im Sinn, die Gründe hier auszuführen, woraus sich dies erklärt, noch weniger, die Schriftsteller zu tadeln, welche der älteren Gestalt der b. p. ihre Thätigkeit zugewandt haben. Ich würde damit mich selbst tadeln, da ich diesem Gegenstande zwei weitläuftige Bücher gewidmet habe. Aber ich meine, daß wir nicht auf dem Punkte stehen bleiben dürfen, wo man bisher meistens still gestanden ist, und so habe ich es denn unternommen, auch den folgenden noch wenig betretenen Weg einmal ganz zu durchwandern. Nur an einzelnen Punkten fand ich einen gangbarer gemachten Pfad vor, aber freilich konnte ich ihn auch da nicht immer für den richtigen halten. Die Beschreibung meiner Reise durch das Quellengebiet lege ich nun hier dem Leser vor, und es ist möglich, daß wer denselben Weg noch einmal zurücklegt, finden wird, daß ich Manches übersehen, Manches nicht Uebersehene unrichtig aufgefaßt habe. Wenn dadurch dann das Richtige an den Tag gebracht wird, so werde ich ganz besonders mich dessen freuen. Jedenfalls werden, denke ich, die folgenden Untersuchungen, mag in ihnen nun schon die Wahrheit erkannt sein oder nicht, genügend zeigen, daß unsere Quellen durchaus nicht in dem Grade mangelhaft sind, um uns die Hoffnung einer sicheren Erforschung der Sache von vorn herein zu entziehen, und daß namentlich die Darstellung der b. p. in der späteren Kaiserzeit nicht bloß darin bestehen darf, etwa die Verschmelzung des Quiritischen Eigenthums und des in bonis, die l. 9. C.

qui admitti und noch einige ähnliche Punkte hervorzuheben.

Ich habe mir besonders angelegen sein lassen, dem Verschwinden früherer feststehender Terminologien, und dem Entstehen neuer Ausdrucksweisen nachzuforschen [1]); denn in einer Zeit, wo es keine theoretische Darstellungen des Rechtes mehr giebt, und wo wir auch vielen Rechtsänderungen nachspüren müssen, die gar nicht direct durch Gesetze veranlaßt wurden, sind die gelegentlichen, aber offenbar technisch gebrauchten Ausdrücke in den Kaiserconstitutionen von besonders sicherer Beweiskraft.

Ferner wird man aus der folgenden Darstellung ersehen, daß ich für die Umgestaltung der b. p. ganz vorzüglich die Zeit des Diocletian und Maximian hervorgehoben habe. Es ist dies aus doppeltem Grunde geschehen, einem äußeren und einem inneren. Der erstere ist, daß wir in der so großen Zahl der uns von diesen Kaisern erhaltenen Rescripte ein im Verhältniß zu anderen Kaisergesetzen besonders reichliches Material besitzen, um uns den damaligen Rechtszustand zur Klarheit zu bringen. Aber es tritt noch ein anderer Grund hinzu, um dessentwillen auch wohl noch in manchen anderen Lehren ein genaueres Studium der Diocletianischen Rescripte nicht ohne Frucht sein würde. Die große Zahl der von Diocletian erlassenen Constitutionen ist nichts rein Zufälliges, sie ist durch ein practisches Bedürfniß hervorgerufen. Es war damals die Zeit, wo das Sinken der Jurisprudenz bereits sehr fühlbar sein mußte. Man hielt jetzt Vieles, was die klassischen Juristen genau beobachtet hatten, für unnützen Formelkram, es mußte ferner durch das Aufhören des ordo judiciorum privatorum so Manches in den Schriften der Juristen, die doch practische Autorität hatten, dunkel und zweifelhaft werden, daß es gleichsam einer Interpretation bedurfte, wie vom jetzigen Standpunkte aus die klassischen Schriften zu verstehen seien. Dio-

1) So sind namentlich hervorzuheben die Ausdrücke: b. p. cum und sine re, b. p. peti non potest, successio, vindicatio, die drei Bezeichnungen der Erbantretung cretio, pro herede gestio und agnitio; endlich das Wort beneficium.

cletian hat diesem Bedürfnisse durch seine Constitutionen abzuhelfen gesucht. Sie haben also durchaus nicht die Tendenz, Neues zu bestimmen, sondern die alte Jurisprudenz mit den neuen veränderten Verhältnissen in Einklang zu bringen, und man kann keineswegs sagen, daß dies ohne Geschick und ohne einen gewissen juristischen Takt geschehen sei. Es ist in diesen Rescripten ein Streben unverkennbar, auch schon in den Worten an die alten Juristen und an die Ausdrücke des Edicts anzuknüpfen [2]), um recht deutlich zu zeigen, wie viel vom alten Recht noch unverändert bestehen bleiben sollte, es ist ferner, wo sich neue Terminologien für neue Rechtsbildungen finden, darin noch eine solche Festigkeit und Freiheit von Schwankung, daß dies sich höchst vortheilhaft von der immer mehr sich verschlechternden juristischen Kunstsprache der folgenden Kaiser unterscheidet.

Es werden im Folgenden genügende Beispiele für die Richtigkeit des Gesagten vorkommen. Jedenfalls wird schon das hier einleuchten, daß, wenn ein Institut sich in der späteren Kaiserzeit verändert haben soll, es von vorzüglicher Wichtigkeit ist, zu sehen, welche Gestalt es unter Diocletian einnimmt, indem diese, in noch erkennbarer Weise an die klassische Zeit sich anknüpfend, doch eben wieder die Grundlage für die späteren Zeiten bildet. So sind uns Diocletians Rescripte gleichsam die Brücke, durch welche es möglich wird zu sehen, wie sich der damals schon vorhandene neue Begriff der b. p. aus dem alten in sehr natürlicher Weise entwickelt hat.

Auf diese Anknüpfung des späteren Rechtes an das frühere kommt es überhaupt auch in allen einzelnen Theilen der b. p. ganz vorzüglich an; und so habe ich auf den anschaulichen Zusammenhang der späteren und früheren Zeit ein besonderes Ge-

---

2) In den Diocletianischen Rescripten kehrt sehr häufig die ganz technische Berufung auf die „edicti perpetui forma" wieder. s. z. B. außer den später noch mitzutheilenden Stellen l. 1. C. de Carb. ed. l. un. C. uti poss. l. 9. C. quod cum eo qui in al. pot. l. 4. C. de tut. vel cur. qui satis non ded. l. 11. C. de praed. et al. reb. minor. l. 18. C. de furtis l. 9. C. de patr. potest. (vgl. fr. 8. de calumniator.)

wicht gelegt. Beide stehen zu einander in ähnlichem Verhältniß, wie Rechnungsexempel und Probe. Es läßt sich leicht innerhalb einer weit ausgedehnten Lehre ein einzelner Punkt hervorheben, und von einem beschränkteren Gesichtspunkte aus sehr plausibel unter eine vorgefaßte Ansicht fügen. Aber eine andere Frage ist dann noch, ob der einzelne Punkt auch in das ganze System der Lehre sich gehörig einpassen läßt, und daran scheitert denn oft manche, im Einzelnen sehr bestechende Idee. Ich glaube gerade für die Lehre der b. p. ist es ein Nachtheil gewesen, daß bei vielen über einzelne Theile aufgestellten Ansichten die Gesammtanschauung des Ganzen fehlte, daß namentlich die spätere Kaiserzeit mit ihrer wesentlich veränderten Gestaltung nicht gehörig vom klassischen Juristenrecht getrennt, und weder der Zusammenhang noch auch der Gegensatz beider gehörig geprüft wurde. —

Unsere Darstellung dieser späteren Kaiserzeit wird nun in vier Kapitel zerfallen. Das erste hat die Einwirkungen zu prüfen, welche die Aufhebung des **ordo judiciorum privatorum** für unsere Lehre mit sich geführt hat, worin, wie wir sehen werden, die Entstehung der **her. petitio possessoria** und das Verschwinden der **fictitiae actiones** enthalten ist. Das zweite Kapitel hat dann von der Umgestaltung der einzelnen notherbenrechtlichen, testamentatischen und Intestatklassen der b. p. zu handeln, im dritten werden die Antretungsregeln des Prätorischen Erbrechts, und im vierten die späteren Schicksale des **Int. quor. bon.** geprüft werden. Es wird hoffentlich das Folgende selbst es rechtfertigen, daß dem Stoffe diese Anordnung gegeben worden ist. Die Gesammtanschauung von der Umgestaltung des Begriffs der b. p. kann natürlich erst aus allen einzelnen Untersuchungen dieser vier Kapitel hervorgehen, indessen wird doch eine vorzugsweise sich hiemit beschäftigende Entwicklung im Anfange des zweiten Kapitels ihren Platz finden müssen.

In die Darstellung selbst wird Manches am passenden Orte verwebt werden, was nach meiner Ansicht nur eine unbedeutende oder gar keine Einwirkung auf die Umwandlung unserer Lehre gehabt hat; einige Punkte aber, die wir unter demselben Gesichtspunkte aufzufassen haben, sind am Besten

gleich vorauszustellen, damit sie in dem späteren Gange der Entwicklung nicht weiter einer störenden Erwähnung bedürfen. Sie sollen also gleich in den letzten beiden Paragraphen dieser Einleitung erledigt werden.

§. 117. Eine Eintheilung der gesammten b. p., welche in allen Zeiten, wo man das Röm. Recht bearbeitete, viel Glück gemacht hat, ist die in **bon. poss. ordinaria und extraordinaria.** Aber in dieser Art findet sie sich gar nicht in den Quellen, und deßhalb brauchen wir nur kurz dabei zu verweilen.

v. Löhr hat mit Recht gezeigt [1]), daß der Ausdruck **ordinaria** b. p. nur vorkommt im Gegensatz zur **Carboniana** [2]), und zu der b. p. **quibus ex legibus** [3]), und wenn man die citirten Stellen durchliest, so sieht man deutlich, daß unter diese **ordinaria** b. p. jede gehört, welche in eine der aufeinander folgenden Fristen des **successorium edictum** fällt. Der Ausdruck **extraordinaria** kommt aber gar nicht vor, und daraus sieht man genügend, daß die Römer nicht die Absicht hatten, hier zwei verschiedene Klassen scharf einander gegenüber zu stellen. Es erklärt sich dies aus dem in unserem ersten Bande (S. 69) ausgeführten Satze, daß die Römer, in Folge der historischen Entwicklung, an und für sich **bonorum possessio** und **successorium edictum** als gleichbedeutend nehmen. Beides war ursprünglich vollkommen einerlei, nachher freilich setzte man das viele Neue, was der Prätor hinzufügte, meistens dem **successorium edictum** im eng. S. als den bloßen Regeln über die Anordnung der Fristen, entgegen, aber da diese neuen Klassen doch in das System der Fristen mit eingeordnet wurden, so kommt es, daß noch Ulpian auch jene weitere Bedeutung von **successorium edictum** kennt. Neben diesem großen System der b. p. gab es indeß noch wieder besondere Sätze, die man als wahrhaft im Gebiet desselben liegend nicht anerkennen konnte, bei denen man indeß auch den Ausdruck b. p.

---

1) Magaz. III. S. 234 ff.

2) fr. 5. §. 3. de legat. pr. fr. 3. §. 14—16. de Carb. ed.

3) §. 6. I. de b. p.

gebrauchte; was war natürlicher, als daß man, um durch diesen Ausdruck keine falschen Begriffe zu veranlassen, ihm das eigentliche Gebiet des successor. ed. als **ordinaria** b. p. gegenübersetzte. Wir haben also nichts darin zu finden, als daß Alles, was dieser ordinaria entgegengesetzt wird, nicht als **wahre** b. p. angesehen werden darf, und das bestätigt sich vollkommen, wenn wir die Art der Agnition, sowie die Wirkungen der b. p. Carboniana und ex legibus ins Auge fassen. Umgekehrt haben die Neueren, indem sie der ordinaria die extraordinaria gegenübersetzen, den Schein herbeigeführt, als sei dies ein zweiter wahrhaft in das System der b. p. gehöriger Theil, was gerade die Römer verhindern wollten, indem sie bloß jenen ersten Ausdruck gebrauchten, den wir also ganz mit: „**wahrer** b. p." gleichbedeutend nehmen können.

Hier interessirt uns nur der eine von diesen der eigentlichen b. p. nicht angehörigen Fällen, die **bon. poss. quibus ex legibus**. Aehnlich wie sich der Prätor bei seinem Edicte über die in integrum restitutio den gesetzgebenden Gewalten unterordnet [4]), so thut er es auch hier, indem er edicirt:

> uti me quaque lege, senatusconsulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo [5]).

Dies Edict scheint schon einer älteren Zeit anzugehören, denn sonst würden gewiß wie bei der i. i. r. auch die edicta und decreta principum erwähnt sein. Aber unter der Kaiserzeit kann Niemand gezweifelt haben, daß diese ebensogut hieher gehörten, als wenn sie ausdrücklich erwähnt wären.

Danach ist dem Edicte nicht mehr und nicht minder Werth beizulegen, als einer Erklärung, daß der Prätor sich den Bestimmungen des neueren Civilrechts unterordnen werde, die Erlassung des Edicts ist denkbar zu einer Zeit, als noch kein Fall von der Art vorgekommen war; also es ist überhaupt möglich, daß dieses in futurum gestellte Edict in sehr wenigen Fällen

---

4) fr. 1. in fin. quib. ex caus. maj. — — in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit. — Der Fall ist freilich nur **ähnlich**, denn f. fr. 28. §. 2. eod.

5) fr. un. Ut ex legib.

§. 118. Die Kaiserzeit, in welcher das civile und Prätorische Erbrecht mit einander verschmolzen worden ist, hätte dazu das Mittel der b. p. ex legibus gebrauchen können. Die Kaiser hätten das ganze Civilrecht als bon. possessiones ex legibus in das Prätorische System hineintragen und anordnen können, daß auch die heredes absolut an die Prätorischen Agnitionsregeln, also an eine gerichtliche Antretung in bestimmter Frist gebunden sein sollten. Sie haben dies aber entschieden nicht gethan.

Dagegen könnte man nun umgekehrt meinen, die Verschmelzung beider Erbrechtssysteme sei in gerade entgegengesetzter Weise vor sich gegangen. Die bonorum possessio sei zu Civilrecht geworden, sie habe als ein von den leges und den Kaisern anerkanntes Institut, also insgesammt als bon. possessio ex legibus, ihre rein Prätorischen Bestandtheile abgestreift, und so sei denn das in der b. p. ex legibus liegende civile Residuum mit der hereditas identisch geworden.

Hierfür ließe sich zweierlei anführen. Es ist einestheils durch Hadrian das edictum zu einem perpetuum gemacht worden, und es ist freilich nicht zu läugnen, daß, mag man dies Ereigniß im Uebrigen ansehen, wie man will, seitdem das Prätorische Recht als etwas Feststehendes, practisch ebenso wie eine lex, in perpetuum Geltendes angesehen wurde. Nennt doch Ulpian das Edict über das Erbrecht der Cognaten geradezu eine lex [1]). Das Prätorische Recht unterschied sich also im Grunde nur noch historisch, nicht aber in der practischen Art der Geltung vom Civilrecht.

Dasselbe scheint nun auch aus den vielen Kaisergesetzen hervorzugehen, worin einzelne Prätorische Erbklassen ausdrücklich als geltendes Recht anerkannt, also als Civilrecht durch den Ausspruch des Kaisers constituirt sind. Soll man nun nicht also nach l. 2. C. de b. p. sec. tab. l. 1. C. de b. p. contra tab. l. 1. C. unde liberi. l. 1. u. 5. C. unde legit. l. 1. C. unde vir et uxor. überhaupt alle Klassen der b. p.

---

gar nicht wahrscheinlich ist, so würden wir doch in den Vorjustinianeischen Quellen mehr Spuren finden.

1) fr. 1. §. 2. unde cogn.

als **bonorum possessiones ex legibus**, also als Civilrecht auffassen können, welches durch die kaiserliche Anerkennung mit der **hereditas** verschmolzen worden ist?

Diese beiden Gründe sind an und für sich ganz richtig, aber sie beweisen durchaus nichts. Sie beweisen allerdings, daß man das Prätorische Recht, wenn man will, in einem neueren Sinn auch Civilrecht nennen kann, d. h. das Prätorische Recht erhielt, außer der Verbindlichkeit, die es schon immer in sich selbst gehabt hatte, noch die Anerkennung derer, welche durch ihre Aussprüche Civilrecht constituiren. Wir wollen es also einmal neueres Civilrecht nennen. Aber ist es denn damit schon mit dem alten Civilerbrecht, der **hereditas**, verschmolzen? Hadrians Perpetuirung und die vielen späteren Kaiserconstitutionen sagen ja nicht, daß die Prätorischen Erbklassen jetzt wie **heredes** in Bezug auf Delation und Acquisition behandelt werden sollen, so daß sie also die Erbschaft ohne Erscheinen vor dem Prätor in bestimmter Frist antreten könnten. Sondern indem die Prätorischen Klassen anerkannt werden, läßt man auch die bisher für sie bestehenden Prätorischen Regeln über Delation und Acquisition ganz unverändert bestehen.

Also wenn man auch sagen will, die **b. p.** sei jetzt Civilrecht geworden, so ist eben dem ganzen geschlossenen Systeme der **b. p.** dieser Charakter verliehen worden, und es unterscheidet sich daher von dem, was man bisher allein Civilerbrecht nannte, noch gerade so in Delation und Acquisition, wie bisher, als man es lediglich Prätorisches Edict hieß. Mit jenen Argumenten gelangen wir also lediglich zu einer Namensvertauschung, für eine innere Verschmelzung und Ausgleichung der beiden Erbrechtssysteme ist damit noch gar nichts gewonnen. —

Wir haben hiermit vorerst ein negatives Resultat. In der angegebenen Weise können wir das, worauf wir ausgehen, nicht finden, es bedarf zur Erreichung unseres Ziels tieferer Untersuchungen, zu denen wir nun übergehen.

Erstes Kapitel.

Die Entstehung der hereditatis petitio possessoria.

§. 119. **W**ir müssen zunächst prüfen, welche Einwirkungen sich aus dem Untergange des **ordo judiciorum privatorum** für die **bonorum possessio** *entwickeln lassen.*

Um die Zeit des Diocletian wurde die regelmäßige Trennung des Verfahrens **in jure** und **in judicio** aufgehoben, und dadurch, wie bekannt, eine völlige Umgestaltung des Römischen Processes, sowie auch gar manche Veränderungen in der materiellen Natur der zum Schutz der Privatrechtsverhältnisse dienenden Rechtsmittel hervorgerufen, obgleich keineswegs zu glauben ist, daß darin eine gänzliche Revolution dieser letzteren enthalten sei [1]).

Wir haben dies Ereigniß nun mit der Natur der civilen und Prätorischen Erbrechtsklagen zusammenzuhalten, und zu untersuchen, ob etwa hiedurch in dem zwischen beiden bestehenden Verhältniß, wie es im ersten Bande dargestellt ist, eine wahre materielle Umgestaltung vor sich gegangen sei, so daß dem Untergange des **ordo judiciorum** im Erbrechte eine größere Wichtigkeit beizulegen wäre, als in manchen anderen Theilen des Civilrechts. Wir werden hiedurch, außer der Frage, was aus den früheren **fictitiae actiones** geworden sei, auf die Lehre von der **hereditatis petitio possessoria** ge-

---

1) Puchta Cursus der Instit. II. S. 245.

führt; einen Gegenstand, dessen große historische Schwierigkeiten man erst in neuerer Zeit erkannt hat, und über den denn auch die entgegengesetztesten Ansichten aufgestellt worden sind. Wir werden uns mit ihm in diesem Kapitel, wie schon die Ueberschrift sagt, vorzugsweise zu beschäftigen haben, während hinterdrein die fictitiae actiones anhangsweise sich sehr leicht werden erledigen lassen. Die ganze Frage über die her. pet. poss. macht aber ein ziemlich weitläuftiges Zurückgehen auf die Zeit der klassischen Juristen nöthig. Wenn wir auch hier schon eigentlich hinter dieser Zeit stehen, so wird ein Rückblick auf Früheres theils durch die Keime gerechtfertigt, an die wir das spätere Institut sich werden anknüpfen sehen, theils auch durch die Art und Weise, wie bisher diese Frage besprochen worden ist, so daß eine Widerlegung der Gegner aus dem früheren Rechte nicht wohl umgangen werden kann. —

Auf den Untergang des ordo judiciorum privatorum ist bisher für die Lehre der b. p. wenig Gewicht gelegt worden [2]), und man fand in früheren Zeiten in Beziehung auf die Rechtsmittel des bonorum possessor den Satz äußerst einfach und sich gleichsam von selbst verstehend, daß der Prätor, da er den bon. possessor loco heredis habe hinstellen wollen, ihm auch die Erbschaftsklage als hereditatis petitio possessoria geben mußte. Erst seitdem man versucht hat, den Ursprung der b. p. zu erforschen, sah man ein, daß dies Rechtsmittel wohl nicht gleich von Anfang an bestanden habe, und so findet sich denn fast bei allen verschiedenen Ansichten über die Entstehung unseres Institutes die gemeinsame Bemerkung, daß die ursprünglichen Rechtsmittel des bonorum possessor das Int. quor. bon. und die fictitiae actiones seien, und daß erst später der Prätor die possessoria her. pet. hinzugefügt habe.

Es bedarf nach den Entwicklungen des ersten Bandes keiner weiteren Ausführung, daß auch ich dies spätere Hinzukommen derselben für unzweifelhaft halte, aber damit erhebt

---

2) v. Löhr Magazin III. S. 336. hebt allerdings denselben hervor, findet aber umgekehrt, daß hiedurch die her. pet. possessoria und die civile her. pet., welche bisher einander gegenüber gestanden hätten, zusammengeschmolzen seien.

sich denn die Frage, was die Gründe dieser Ausbildung des Prätorischen Erbrechts gewesen seien, und in welche Zeit wir sie zu setzen haben.

Savigny stellt die Sache folgendermaßen dar [3]): Seitdem das in bonis aufgekommen sei, habe man dies auch dem bon. possessor eingeräumt, und dadurch seien hereditas und bon. poss. näher aneinander gerückt worden, so daß man sich mehr und mehr daran gewöhnte, Letztere als ein der Ersteren gleichartiges Recht anzusehen, und danach denn auch das eigenthümliche Rechtsmittel analogisch auf die b. p. auszudehnen. Wahrscheinlich sei dies um die Zeit des Mark Aurel geschehen [4]), da erst durch diesen die b. p. sec. tab. höher gestellt worden wäre [5]), während sie vorher ein ganz untergeordnetes und sehr abhängiges Recht gegeben, und nur die b. p. intestati schon früher der hereditas sehr nahe gestanden habe.

Daß ich diese Auffassung nicht für richtig halten kann, geht aus den Untersuchungen, welche schon an anderen Stellen ihren Platz gefunden haben, von selbst hervor. Das in bonis ist, wie ich im ersten Bande ausgeführt habe, ein Complex höchst ungleichartiger Fälle, der durch den gemeinsamen von den Juristen aufgestellten Begriff nur sehr locker zusammengehalten wird. Daß einer von diesen Fällen (z. B. Tradition einer res mancipi), der Grund gewesen wäre, einen anderen Fall anders zu gestalten, und also z. B. für den bon. possessor andere Klagen hervorzurufen, scheint mir eine unzulässige Annahme. Die b. p. ist gerade der Fall, welcher sich nach den Quellen in die älteste Zeit hineinzieht. Mag man nun schon hier, ehe es noch andere Fälle gab, von einem in bonis gesprochen haben (so wie man vom heres sagte, er sei in bonis) [6]), oder nicht, jedenfalls kamen doch schon in der b. p. Fälle eines vollkommenen Geschütztseins im Haben einer Sache vor; aber sie waren so eigenthümlicher Art, daß sie weder den

---

3) Zeitschr. f. gesch. R. W. S. 17 ff.
4) Jedenfalls könne es nicht später sein, da die beiden Stellen in Tit. D. de her. pet. poss. von Gaius und Ulpian herrührten.
5) Savigny beruft sich auf Gaius II. 119. 120.
6) s. Cic. ad div. 13. 30. Hugo R. G. 11. Aufl., S. 196. Note 8.

Anlaß noch das Vorbild abgeben konnte, um die Tradition einer res manc. ebenfalls einem vollkommnen Schutze zu unterwerfen. Darin liegt umgekehrt, daß, als man Letzteres that, daraus gar keine Rückwirkungen auf die b. p. hervorgehen konnten. Auch wenn der Name: in bonis erst später aufgekommen ist, so ist doch in der Sache dadurch Nichts geändert. Denn der Fälle wurden nicht mehr, wo der b. possessor dauernd im Besitze der Erbschaft geschützt worden wäre [7]), und da in den bisherigen Fällen schon vollkommener Schutz durch Klage und exceptio vorhanden war, so kann doch der Name nichts gemacht haben, um die b. p. der hereditas näher zu stellen, und sonach eine neue Klage, die her. pet. possessor. hervorzurufen. — Und was jene Verfügung des Mark Aurel betrifft, so ist es oben weiter entwickelt worden, daß durch sie keineswegs erst die sec. tab. b. p. wahre Kraft bekommen habe. Im Gegentheil hat die b. p. von Anfang an, sowohl ab int. als ex test. ein der hereditas gleichartiges Recht dargeboten, und danach müßte denn also die her. pet. poss. schon von Anfang an bestanden haben, was aber doch wieder unmöglich ist.

v. Löhr scheint indeß diese Unmöglichkeit noch gar nicht anzunehmen [8]). Da der Prätor dem b. possessor fictitiae actiones gegeben habe, so lasse sich gar nicht absehen, weßhalb er diese Fiction nicht auch bei der her. pet. zugelassen haben sollte, namentlich da ja auch der alte pro herede Usucapient die Erbschaftsklage gehabt, und der Prätor dem bon. possessor gerade die Befugniß der Usucapion gegeben habe. — Ich kann mich wohl im Widerspruch hiergegen lediglich auf die Erörterungen des ersten Bandes über die fictitiae actiones und das Int. quor. b., sowie die pro her. usuc., welche keineswegs als in der b. p. fortlebend zu denken ist, beziehen. —

Von der Schwierigkeit, die poss. her. pet. in dem älteren Systeme der b. p. zu rechtfertigen, überzeugt, hat nun Fabricius den Knoten zerhauen [9]), und die Ansicht aufgestellt, die ganze Klage sei erst eine Mißgeburt Justinians. Die

7) Man kann ja gar nicht allgemein sagen, jeder bon. possessor habe das in bonis.

8) Archiv. XII. S. 111. — Sein Magazin. IV. S. 418.

9) Rhein. Mus. IV. S. 178 ff. 209 ff. Bon. Poss. S. 200.

Compilatoren hätten, sei es aus Mißverständniß, sei es (was sich auch denken lasse) absichtlich, zwei Stellen des Gaius und Ulpian, die von den fictitiae actiones gesprochen, unter dem höchst unpassend erfundenen Titel: **possessoria her. pet.** zusammengestellt und danach interpolirt.

Diese Ansicht ist von den späteren Schriftstellern entschieden ungünstig aufgenommen[10]), und so viel ich weiß von Niemandem gebilligt worden; sehr natürlich, da die Gewaltsamkeit der Argumentation, wie sie von Fabricius angewandt wird, wahrlich nicht geeignet ist, Ueberzeugung hervorzurufen[11]). Gerade deßhalb ist die Reaction desto stärker gewesen, und man hat sich, indem man gewisse richtige Elemente in der Fabriciusschen Ansicht übersah, auf alle Weise bemüht, schon zur Zeit der klassischen Juristen das Bestehen dieser Klage zu rechtfertigen. Namentlich ist die Gegenbeweisführung von Arndts, der die Klage dem Julian zuschreibt, keineswegs glücklich zu nennen, während Huschke bei weitem scharfsinniger ihren Ursprung an gewisse allerdings bei den Pandekten-Juristen vorkommende Keime anknüpft. Was ich für das Richtige halte, soll nun entwickelt werden.

§. 120. Nach der Darstellung im ersten Bande setze ich Folgendes als feststehend voraus.

Das Erbrecht erfordert, wenn es vollkommen von dem Richter geschützt sein soll, seinem Begriffe nach Zweierlei. Es müssen die Klagen, die schon dem Erblasser zustanden (dingl. und persönl.), auch vom Erben angestellt, und die Sachen, die sich im Besitz des Erblassers bei seinem Tode fanden, insgesammt von ihm eingefordert werden können. Der Erbe muß dies Besitzesverhältniß, oder das Begründetsein jener Klagen,

---

10) Arndts Beiträge I. S. 50. Huschke in Richters Jahrb. 1839. I. S. 25. v. Löhr, Magaz. IV. S. 418. Mühlenbruch Pand. §. 712. Note 3. v. Vangerow Leitfaden II. S. 373. (§. 509.)

11) z. B. folgende Stelle bei Fabr.: „Diese todtgeborene Klage mitsammt ihrem monströsen Namen sei Nichts als eine Erfindung Justinians und seiner Gehülfen, welche diesen Wechselbalg, statt der in der Compilation unterschlagenen fictitiae actiones des bon. possessor, in das Röm. Recht eingeschwärzt haben."

und außerdem stets noch sein Erbrecht darthun. In einem gut geordneten positiven Recht kann man nun ziemlich mit gleichem Vortheil zwei Wege betreten; man kann ein einziges Rechtsmittel aufstellen, gestützt auf den Beweis des Erbeseins, worin denn gleichmäßig das Recht enthalten ist, sowohl die Sachen einzufordern, als die Klagen des Erblassers geltend zu machen. Oder man theilt diese beiden Klassen, und giebt für die Eine dem Erben die Einzelklagen, für die Andere eine Gesammtklage bloß auf die **corpora hereditaria**.

Dem ersteren Wege nähert sich das Civilrecht, aber es ist ihn nicht ganz gegangen. Die **her. pet.** geht auf die **corpora hereditaria** und auf die Einzelklagen des Erblassers, soweit sie **in personam** sind, dagegen die dinglichen Einzelklagen bestehen noch daneben. Der Grund dieser Singularität ist die **pro herede usucapio**, auf welche sich wohl die Schuldner, nicht aber die mit einer dinglichen schon dem Erblasser zustehenden Klage zu Belangenden berufen können (**nemo sibi causam possessionis mutare potest**).

Den zweiten Weg hat der Prätor, da er sich an die Singularitäten des Civilrechts hier nicht zu kehren brauchte, eingeschlagen, und danach scheiden sich die **fictitiae actiones** und das **Interdictum quorum bonorum**.

Hiernach beantwortet sich die Frage, ob es ein Bedürfniß war, daß der Prätor nun auch noch in seinem Systeme die **her. pet.** als **fictitia** gab, von selbst; und es erhellt zugleich, daß die Gründe, welche man bisher entweder für die Bejahung oder Verneinung angegeben hat, gleichmäßig unzulässig sind. Fabricius [1]) sagt, es sei gar kein Bedürfniß vorhanden gewesen, weil das **Int. quor. bon.** schon durchaus denselben Umfang hatte wie die **her. pet.** Da dies aber entschieden unrichtig ist, so schließen daraus seine Gegner, daß es mithin von Interesse war, dem **bon. possessor** noch die **her. pet.** zu geben. Denn nicht das **Int.**, wohl aber die **her. pet.** geht gegen die **debitores**. Damit wollen sie freilich nicht behaupten, daß also ohne diese **her. pet. poss.** der **bonor. possessor** die **debitores** nicht habe belangen können, denn er hatte ja die

1) Bon. poss. S. 200.

fictitiae actiones. Vielmehr soll es nur heißen, daß jetzt in einer Universalklage vereinigt werden konnte, was bisher in zwei Processe getrennt werden mußte.

Ich muß aber gestehen, daß ich nicht einsehen kann, welchen Vortheil dies gewährt habe. Allerdings ist es wichtig, sämmtliche corpora hereditaria mit einer Universalklage einfordern zu können, aber daß nun auch noch die Forderungen mit in das Gebiet derselben gezogen werden, hat doch jedenfalls nur in dem singulären Fall Bedeutung, wo der Besitzer der Erbschaft zugleich Schuldner des Erblassers ist [2]). Aber um dieses singulären Falles willen würden die Römer nie darauf gekommen sein, die debitores hereditarii mit in die her. pet. hineinzuziehen, denn sonst würde man auch die mit einer dinglichen Einzelklage zu Belangenden eben so behandelt haben. Ebensowenig kann dies denn auch der Grund gewesen sein, die her. pet. dem bon. possessor zu geben. Im Gegentheil bringt es die Natur der Sache mit sich, daß der Streit über die einzelne Forderung meist besser abgesondert werde von der Klage auf Herausgabe der corpora, weil in beiden Processen wesentlich verschiedene Streitpunkte vorhanden sind; und in Beziehung auf das bei Beiden Gemeinsame, nämlich den Beweis des klägerischen Erbrechts, konnte der Prätor leicht die wünschenswerthe Vereinfachung dadurch erreichen, daß er die Forderung an denselben judex verwies, an den auch der exitus interdicti quor. bon. kommen sollte.

Also wir können nicht annehmen, daß der Schutz, den der Prätor dem bon. possessor gegeben, mangelhaft gewesen, und daß ihm eben deßhalb die her. pet. poss. gewährt worden sei [3]), sondern umgekehrt die Rechtsmittel des bon. pos-

---

2) Denn wo dies nicht der Fall ist, da hat, abgesehen von der pro her. us., die gegen den debitor angestellte her. pet. nur selten eine Verschiedenheit von der gegen ihn gerichteten Einzelklage, und jedenfalls keine, wo Erstere bessere Wirkungen hätte als Letztere. s. Bd. I. S. 314. Note 11. — fr. 13. §. 1. fr. 14. de servo corr.

3) Noch einen Punkt könnte man hier hervorheben (obgleich dies bisher noch nicht speciell geschehen ist), weßhalb die her. pet. poss. wegen Mangelhaftigkeit des Int. quor. bon. eingeführt worden wäre. Nämlich die her. pet. geht gegen den qui liti se obtulit, nicht

sessor sind das reine Erzeugniß dessen, was das Erbrecht zu seinem Schutze bedarf, ohne die Sonderbarkeiten der **her. pet.**, die freilich ihren vollkommenen Erklärungsgrund haben, aber wahrlich nicht der Mühe werth waren nachgeahmt zu werden.

Und wenn wir nun keine besonderen Vortheile finden, die dem **b. possessor** erst durch die **her. pet. poss.** gewährt worden wären, sollen wir etwa glauben, daß der Prätor nur um der Form willen sie eingeführt habe, damit soviel wie möglich der **bon. possessor** auch äußerlich dem **heres** gleich sähe? — Die **bon. poss.** ist von Anfang an eine Universalsuccession gewesen, hat also in dieser Hinsicht von jeher einen gleichen Begriff gehabt, wie die **hereditas**, und das ist genug. Im Uebrigen beide zu vermischen, ist nie die Absicht des Prätors gewesen, im Gegentheil stehen sich zur Zeit der klassischen Juristen noch, wie wir gesehen haben, beide Systeme in gewisser Weise gegenüber, und es ist ein Anachronismus für ihre Zeit das Bedürfniß der Ineinanderschmelzung vorauszusetzen, das allerdings in der späteren Kaiserzeit vorhanden war. —

Aber die Gegner behaupten, es seien deutliche Beweise vom Bestehen der **her. pet. poss.** zur Zeit der klassischen Juristen vorhanden. Allein ich kann nicht umhin, zu bemerken, daß das bisher in dieser Hinsicht Vorgebrachte mir in keiner Weise auch nur Wahrscheinlichkeit des Behaupteten zu enthalten scheint. Es bedarf dies einer genaueren Prüfung.

Daß Justinian die **her. pet. poss.** nicht erst gemacht habe, scheint mir freilich, wie wir alsbald sehen werden, völlig bewiesen werden zu können; vielleicht auch ist dieser Name schon für das bereits vor ihm bestehende Rechtsmittel gebräuchlich

---

aber das Interdict. s. Bd. I. S. 395. Aber Niemand wird doch wohl im Ernst meinen, daß um solcher Singularität willen dergleichen Weitläuftigkeiten gemacht wären, da man ja ganz einfach diesen Fall zu dem **qui dolo fecit, ut desineret possidere** in der Interdictsformel hinzufügen konnte, wenn man es passend gefunden hätte, daß der **bon. possessor** auch aus diesem Grunde eine Klage haben sollte. Gab es ja doch noch viele andere Klagen, bei denen man nie daran gedacht hat, dem **qui dolo desiit possidere** noch den **qui liti se obtulit** beizugesellen. Bd. I. S. 324. Note 17. fr. 68. §. 1. **pro socio**.

gewesen, und daß dieser Name ein ganz passender sei, kann man gerne zugeben 4). Aber daß es Justinians Werk sei, wenn wir die her. pet. poss. in den Pandekten dem Gaius und Ulpian in den Mund gelegt finden, darüber können, glaube ich, vorurtheilsfreie Augen nicht zweifelhaft sein.

Es ist sonderbar, daß heutzutage, wo man so viel von Interpolationen der Compilatoren redet und vermuthet, man gerade hier, wo sie so völlig wahrscheinlich gemacht werden kann, sich so standhaft sie anzuerkennen weigert. Roßhirt trauert darüber, daß man den Justinian zum falsarius mache. Aber war es denn Justinians Absicht, eine Rechtsgeschichte zu publiciren, und war es sein Plan, etwa wegen der historischen Studien späterer Jahrhunderte die Fragmente der Juristen unverändert stehen zu lassen, so daß man allerdings den Rechtszustand früherer Zeiten, nicht aber das zu seiner Zeit Anwendbare daraus erkennen konnte? War es denn in der That Unrecht von Justinian, daß er, was erst in späterer Zeit sich gebildet hatte, und was aus dem Codex zu ersehen war, davon auch schon in den Pandekten Andeutungen gab, damit den Studirenden die Kenntniß davon nicht erst im fünften Jahre zukäme?

Wird doch kein Mensch es tadeln (ganz abgesehen von dem Titel utrubi), daß gleich durch die Ueberschrift des Titels de legatis et fideicommissis die Gleichstellung beider Lehren 5) durch die: de liberis et postumis die Bestimmungen der l. 4. C. de lib. praet. angedeutet werden. Und so war es doch wahrlich der Mühe werth, gleich bei der her. pet. es hervorzuheben, daß diese jetzt auch dem bon. possessor zustehe. Diese Hervorhebung aber geschah nicht besser, als durch Aufstellung eines eigenen Titels 6).

---

4) Fabricius lehnt sich gegen den Ausdruck possessorius auf, und meint auch in fr. 4. de Carb. ed. und fr. 50. § 2. de bon. libert. sei possessoriae actiones für fictitiae interpolirt. Dies paßt aber gar nicht, denn in jenen Stellen sind offenbar alle Klagen des bon. possessor, also auch das Int. quon. bon. gemeint.

5) fr. 1. de legat. I., wo Ulpian sagen soll „per omnia exaequata sunt legata fideicommissis."

6) Arndts meint, die Compilatoren würden sich dann wohl begnügt haben, die beiden Excerpte in den Titel de her. pet. einzuschieben. — Wie leicht konnte dadurch dieser wichtige Rechtssatz übersehen werden.

In diesem Titel stehen nun folgende zwei kurze Fragmente:

Ulpianus. l. XV. ad Ed. — Ordinarium fuit, post civiles actiones heredibus propositas, rationem habere Praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est.

Gaius. l. VI. ad Ed. prov. — Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

„Hieraus geht, sagt Arndts, vorerst hervor, daß Gaius und Ulpian in Verbindung mit der **her. pet.** auch von der fraglichen Klage des **bon. poss.** gesprochen haben." Das ist es ja eben, was bezweifelt wird. Wir müßten also danach Alles in den Pandekten Stehende „vorerst" als historische Beweise gläubig annehmen. Wie weit weicht das von dem bekannten Hugoschen Prinzipe ab, an dessen Worte ich doch hier erinnern muß [7]):

„Die ergiebigste, aber auch unzuverlässigste Sammlung ist „die von Justinian, dessen Arbeiter so Vieles änderten, daß eine „geschichtliche Angabe, welche sich bloß auf eine einzelne Stelle „des Codex, oder auch auf Eine der Digesten gründet, eigentlich gar keinen sicheren Beweis für sich hat."

Jene erste Stelle des Ulpian hat freilich keine Spur der Interpolation, aber sie beweist auch für die **her. pet. poss.** nur, weil sie unter diesem Titel steht, d. h. gar Nichts. Sie zeigt bloß, daß der Prätor gleich bei der **her. pet.** von den Rechtsmitteln des **b. possessor** Erwähnung that, und so auch die Römischen Juristen. Das aber würden wir von selbst vermuthen können, auch wenn es nirgends gesagt würde. Welches nun diese Rechtsmittel seien, das wird nicht erwähnt, darauf führt erst die Stelle des Gaius, und darin haben wir gerade eins jener **unica**, von denen Hugo spricht. Sie ist nicht etwa von der Art, daß sie ein so gefügiges Ganze bildet, wie manche andere, bei denen man den Compilatoren den Geist der klas-

7) Rechts-Gesch. S. 26.

sischen Jurisprudenz zutrauen müßte, wenn man sie für interpolirt halten wollte [8]). Gaius hat hier offenbar denselben Gedankengang wie Ulpian, er spricht hinter der her. pet. von den Rechtsmitteln des bon. possessor; er wird sie doch wohl wahrscheinlich Alle erwähnt haben, sowie ja auch Paulus bei der her. pet. vom Int. quor. bon. spricht [9]). Und wenn nun Gaius etwa bloß gesagt hat: Per quas actiones (denn darunter konnte er auch das Interdict mitbegreifen) tantundem consequitur etc., so war es doch wahrlich kein Heldenstück, wenn die Compilatoren, um einen directen Zusammenhang wenigstens dieser Stelle mit der Titelüberschrift herauszubringen, dafür setzten: per quam her. petitionem. Und wenn die Juristen diese her. pet. gekannt hätten, so würden sie doch wohl etwas weiter z. B. ihr Verhältniß zum Int. quor. bon. besprochen haben, und wie sollten die Compilatoren dazu gekommen sein, dergleichen noch zu ihrer Zeit praktische Regeln wegzulassen, und sich statt dessen mit einer so dürftigen Stelle zu begnügen? —

Arndts argumentirt nun weiter gegen Fabricius, daß der Zusammenhang der Stellen mit Nothwendigkeit eine Universalklage voraussetze, welche dem b. possessor an dieser Stelle auch im Edicte zugesichert sei. Fabricius nämlich behauptet hier hinter der her. pet. sei nur von den fictitiae actiones (activ und passiv) des bon. possessor im Edikte die Rede gewesen. Arndts „will nicht läugnen," daß diese hier aufgeführt worden [10]), aber es müsse auch von einer Universalklage des

8) s. z. B. Bd. I. S. 348 zu Note 12.

9) fr. 2. quor. bon. (Paul. lib. XX. ad Ed.)

10) Er stellt es aber doch gleich wieder in Zweifel (S. 56), weil die fictitiae actiones eigentlich das Verhältniß der Erbfolge selbst beträfen, welche dem b. possessor durch das Prätorische Edict gewährt wird; also an einen anderen Ort gehörten, der in den Pandekten im 37. Buche excerpirt ist. — Aber es ist ja die Eigenthümlichkeit der Römer, daß sie die Klagen aus dem Erbrecht von der Frage über die subjective Erbberechtigung trennen; und so ist es ganz natürlich, daß der Prätor bei der her. pet. gleich erwähnt, daß er seine bonorum possessores praktisch auch den Erben gleich behandelt. Hierzu gehört aber nicht wesentlich das Int. quor. bon.,

bon. possessor die Rede sein, denn diese sei doch unter den civiles actiones heredibus propositae gemeint, und nun werde vom bon. possessor gesagt, er solle tantundem consequi.

Erstlich daß dieser Ausdruck civiles actiones hered. prop. nur die Universalklagen des Erben bedeute, ist durchaus nicht nöthig; denn auch von den einzelnen auf den Erben übergehenden Klagen des Erblassers, ist und mußte bei der her. pet. die Rede sein [11]), und Ulpian kann sie vollkommen in jenen Worten mitgemeint haben. Freilich will ich gar nicht behaupten, daß nur aus diesem Grunde der Pluralis gerechtfertigt werden könne. Ulpian kann sich auch die Universalklage des Erben, wie Arndts mit Recht bemerkt, als her. pet. ex asse und pro parte, oder besser wohl als wahre her. pet. und als querela inoff. in der Mehrzahl gedacht haben.

Nichtsdestoweniger bleibt schon die Voraussetzung, daß hier unter den actiones her. prop. nur die Universalklagen gemeint seien, gänzlich unerwiesen, noch mehr aber nun die Schlußfolgerung, daß deßhalb auch von einer Universalklage des bon. poss. die Rede sein müsse. Ebenso wie Ulpian in den Fragmenten (s. die vorletzte Note), um das Wesen der bon. poss. als Universalsuccession zu bezeichnen [12]), lediglich die fictitiae actiones aufführt, so kann dies doch auch im Edict geschehen sein, und weiter sagt ja auch Ulpian in jenen Pandektenstellen Nichts, als daß der Prätor nach den Klagen für die heredes angebe, durch welche Rechtsmittel er die bonorum possessores velut heredes facit, d. h. sie

---

denn es kann Fälle geben, wo dies gar nicht vorkommt, wohl aber die fictitiae actiones. (s. Bd. I. 398). Gerade so stellt Ulpian XXVIII. 12. die Sache dar, der, um das Wesen der b. p., das heredis loco constitui, zu bezeichnen, auch nur die fictitiae actiones erwähnt.

11) fr. 19. §. 1. u. 3. de her. pet.

12) Arndts scheint die Idee vorgeschwebt zu haben, daß zum Begriff einer Universalsuccession auch nothwendig der einer Universalklage gehöre. Wie wenig aber daraus ein Bestehen der her. pet. poss. neben dem Int. quor. bon gerechtfertigt werden kann, brauche ich nach meinen bisherigen Erörterungen wohl nicht weiter auseinanderzusetzen.

zu Universalsuccessoren macht. Wenn daraus mit Nothwendigkeit folgen soll, daß der **bon. possessor** auch eine Universalklage haben müsse, so folgt dann auch ebenso mit Nothwendigkeit, daß derselbe Ulpian in jener Stelle seiner Fragmente[13]) einen völligen Fehler mache, und auf einen ganz falschen Grund seinen Satz gestützt habe, daß der **b. p. heredis loco constituitur.**

Es ist sehr natürlich, daß wenn im Edict bloß von den **fictitiae actiones** die Rede war, gerade weil in ihnen das Wesen der Universalsuccession liegt, und weil man das **Int. quor. bon.** nicht aus der Gesammtlehre von den Interdicten trennen wollte, — die Commentatoren des Edicts hier auch schon des **Int. quor. bon.** kurz Erwähnung thaten, um gleich eine Uebersicht über alle Rechtsmittel des **bon. possessor** zu geben, und daraus den Schluß zu ziehn, daß der Letztere eben so geschützt war, als der **heres**. Diesen Gedanken drückt nun eben entschieden Gaius aus in jenen Worten: **tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.**

Man kann unter diesen **superiores civ. act.** durchaus mit Arndts, auch die **her. pet.** verstehen[14]) (also ebenso wie Ulpian die **civiles actiones heredibus propositae** nimmt),

---

13) Hi quibus ex successorio edicto b. p. datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur. — Arndts meint, es wäre unpassend, bei der her. pet. auch zugleich die Klagen zu erwähnen, die gegen den b. possessor angestellt werden. Aber Ulpian in fr. 1. de her. pet. poss sagt ja, der Prätor gebe an, in wie weit er den b. possessor velut heredem facit, also daß er ihn zum Universalsuccessor mache, und dazu gehört auch wesentlich die passive Seite. Gerade so stellt auch Ulpian die activen und passiven fict. act. in jenen Worten zusammen. Und was ist denn auch natürlicher! Durch die Zusammenstellung Beider war Alles gleich sehr einfach erklärt, durch eine Verweisung der passiven fict. act. an einen anderen Ort wären nur unnütze Weitläuftigkeiten hervorgerufen.

14) Auch das superiores mit Fabricius für interpolirt zu nehmen, ist kein Grund vorhanden.

aber daß nun die her. pet. poss. dem b. possess. zustehe, das kann aus Gaius Worten nur eben wieder durch Hinzuziehung der zweifelhaften Worte: per quam hereditatis petitionem gefolgert werden. Im Gegentheil, die Worte des Gaius: tantundem consequitur gewinnen erst nach unserer Auffassung eine vernünftige Stellung. Wenn er vorher gesagt hätte, die her. pet. werde als utilis oder fictitia dem b. possessor gegeben, so verstand sich der Satz, daß er nun auch ebenso viel (tantundem) damit erlange, so sehr von selbst, daß ein Römischer Jurist keine solche Trivialität hinzugesetzt haben würde. Das tantundem consequi deutet gerade auf Klagen, die eine andere juristische Fassung haben, mit denen aber dasselbe praktische Resultat erreicht wird, als durch die civilen Klagen des heres. —

Den „sprechendsten Beweis" will Arndts für die Richtigkeit seiner Ansicht in fr. 1. de rei vind. finden. Ulpian sagt hier: post actiones, quae de universitate propositae sunt, subjicitur actio singularum rerum petitionis. Also es sei hier von wahren Klagen de universitate die Rede. „Es könne also keinen Zweifel leiden," daß vorher nicht bloß von der her. pet. des heres, sondern auch des bon. possessor die Rede gewesen sein muß. Dieser Widerspruch mit dem, was Arndts eben vorher gesagt hat, ist auffallend. Vorher sucht er darzuthun, daß in fr. 1. de her. pet. poss. die actiones heredibus propositae nicht, wie Fabricius meint, von den Einzelklagen, sondern von mehren Universalklagen zu verstehen seien, und er führt selbst die querela inoff. und die eigentliche her. pet., oder die her. pet. ex asse und pro parte an. Jetzt sollen diese auf einmal wieder zu einer einzigen werden, und der Pluralis in fr. 1. de rei vind. soll beweisen, daß außer dieser her. pet. noch von der des bon. possessor die Rede gewesen sein müsse!

§. 121. Die Argumentation im vorhergehenden §. ruht auf den beiden Sätzen, daß die her. pet. poss. zur Zeit der klassischen Juristen weder aus einem praktischen Bedürfniß, noch aus den beiden Stellen des Titels de her. pet. poss. gerechtfertigt werden könne. Außerdem sind noch zwei Stellen an-

geführt worden [1]), aus denen ihr Bestehen hervorgehen soll, nämlich fr. 13. pr. de h. p. c. t. und fr. 3. §. 13. de Carb. ed. In ersterer ist allerdings vom hereditatem petere der bon. possessor die Rede. Allein, das ist die Frage, wie sollten die Römer es wohl ausdrücken, wenn sie ganz im Allgemeinen sagen wollten: „die Erbschaft einfordern"? Der angegebene Ausdruck bot sich, namentlich in Fällen, wo von einem dauernden Behalten der Erbschaft die Rede war (h. p. cum re), von selbst dar, ohne daß damit die technisch sogenannte hereditatis petitio possessoria gemeint wäre. Wer an die Art und Weise der Römischen Terminologie denkt [2]), dem wird es nicht im Geringsten bedenklich scheinen, hier das hereditatem petere in einem allgemeineren Sinn für Einforderung der Erbschaft zu nehmen, da ein anderer dies bedeutender Ausdruck den Römern nicht zu Gebote stand. Dies läßt sich mit Sicherheit aus l. 1. C. quor. bon. beweisen, welche die Gegner auch hätten anführen können, indem hier von einem bon. possessor der Ausdruck hereditatem petiturus gebraucht wird, und zwar von Septimius Severus, *also* noch ganz zur Zeit der klassischen Juristen. In dieser Stelle wird aber auch zugleich ein specielles Rechtsmittel angeführt, welches im Anfange mit dem allgemeinen Ausdruck hereditatem petiturus bezeichnet war, und dies ist das Int. quor. bon. [3]).

---

1) Die eine von Arndts, die andere von Mühlenbruch a. a. O. — Das fr. 3. § 13. de Carb. ed. fällt nach dem im §. 80. Note 17. Gesagten jedenfalls hinweg. Dagegen hätte man sich aber *noch* außer dem fr. 13. pr. cit. auf fr. 5. §. 1. de his, quae ut indign. berufen müssen.

2) Sonst müßte man auch sagen, wenn es z. B. heißt: servitus debetur, hier werde an einen Debitor gedacht. fr. 13. §. 2. fr. 23. §. 3. de serv. pr. rust.

3) S. übrigens die weitere Erklärung dieser Stelle. Bd. I. S. 389. — Daß das fr. 13. pr. cit. nicht zum Beweise einer dem c. t. b. possessor zustehenden her. pet. benutzt werden könne, geht auch namentlich noch aus Folgendem hervor. Wenn der Emancipirte, *der* c. t. agnoscirt, nicht conferiren will, so werden ihm, wie die Römer gewöhnlich sagen, die actiones denegirt. Dies ist aber identisch mit dem Ausdruck: transferenda ab eo est possessio; das könnte der

Danach kann denn auch das fr. 13. de b. p. c. t. (von Julian) nicht mit Arndts dazu gebraucht werden, um gerade dem Julian bei seiner neuen Redaction des Edicts die mit Rücksicht auf das s. g. SC. Juventianum vorgenommene Aufstellung der fraglichen Klage zuzuschreiben, — eine Behauptung, der auch übrigens keine weiteren Gründe hinzugefügt sind. —

Auf das Bestehen der her. pet. poss. will nun aber Arndts noch aus der Zusammenhaltung mit anderen ähnlichen Fällen schließen, nämlich aus der Universalsuccession des Fiscus und des Universalfideicommissars. Aber in Beziehung auf das Erstere führt er gerade selbst sehr richtig aus, daß darin keine Prätorische Succession zu finden sei [4]); es ist eine eigenthümliche gesetzliche Succession, von der es deßhalb gar nicht Wunder nehmen kann, daß hier auch ganz die civilrechtliche her. pet. eintrat, sowie daß umgekehrt von ihr auch wieder Rückwirkungen auf das Rechtsmittel des heres Statt fanden, wie das bei dem s. g. SC. Juventianum der Fall ist. Wie nun daraus folgen soll, daß es dem Prätor nicht erlaubt gewesen wäre, für seine Universalsuccessoren die Rechtsmittel in anderer Weise nach bestem Ermessen zu reguliren, vermag ich nicht einzusehen.

Dieser Unterschied zwischen Prätorischen Universalsuccessionen, und denen, welche man zu den civilrechtlichen rechnete, sieht man recht klar noch aus Folgendem. Die bonorum sectio und venditio war ein Prätorisches Institut, und durch Klagen geschützt, die ganz denen des bonorum possessor analog sind; namentlich findet sich, wenn der Staat verkauft, ein dem Int. quor. bon. ganz ähnliches Int. sectorium [5]). Nun wurde später dem Aerarium durch die Augusteischen Gesetze ein Recht auf die bona vacantia etc. gegeben, man ließ hier das

Jurist doch unmöglich sagen (fr. 2. §. 9. de collat.), wenn unter jenen actiones auch die petitorische Erbschaftsklage begriffen wurde.

4) a. a. O. S. 60. Note 105.

5) Gaius IV. 146. — Ganz der b. p. analog wird auch die addictio libertatis conservandae causa behandelt. fr. 4. §. 21. de fideic. libert.

Aerar als Universalsuccessor gelten [6]), und ebenso auch den, der die bona von ihm kaufte. Für diesen Käufer nun zeigt sich der Unterschied, denn da der Fiscus durch leges zum Universalsuccessor wird, so steht ihm die hereditatis petitio zu, und diese gilt denn auch als auf den Käufer übertragen, während für den bonorum sector ganz das bisherige Prätorische Recht bestehen bleibt, das freilich auch eine wahre Universalsuccession gewährt, aber mit formell anderen Rechtsmitteln [7]). Dies zeigt:

> **fr. 54. de her. pet. (Julianus). — Ei qui partes hereditarias vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur.**

Arndts schreibt die Gewährung dieser utilis her. pet. auch erst dem Julian zu, während bisher dem Käufer nur das sectorium interd. zugestanden habe. Und auf diese Weise sucht er jene mit der Entstehung der her. pet. possess. zu verbinden. Aber einen beweisenden Grund hierfür wüßte ich nicht, wogegen mir jene Argumentation, daß die her. pet. dem Fiscus in Folge der lex Julia gegeben und danach auch utiliter auf den Käufer übertragen wurde, sehr nahe zu liegen scheint [8]).

Auf gleicher Stufe mit dem Erbschaftskäufer vom Fiscus steht nun offenbar der des SCtum Trebellianum, wie wir dies sogleich aus jenem fr. 54. cit. ersehen, das folgendermaßen fortfährt:

> **quemadmodum is cui ex Trebelliano senatusconsulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur.**

Man kann dies freilich eine Prätorische Universalsuccession

6) Ich nehme dies nach v. Schröters Abhandlung (Zeitschr. für Civ. und Proc. X. Nr. 3.) als richtig an.

7) v. Schröter nimmt ebenfalls bereits an (S. 134.), daß beide Fälle von einander in den Rechtsmitteln zu trennen sind. Aehnlich auch Arndts S. 59. Note 101. — Entgegengesetzt sind Blume, Rhein. Mus. IV. S. 218. und Bethmann-Hollweg Handbuch I. S. 312.

8) Es dünkt mir sehr zweifelhaft, ob hier der Käufer auch das Interd. sectorium gehabt habe, was doch für ganz andere Fälle eingeführt worden war.

nennen [9]), denn im Prätorischen Edicte sind die Rechtsmittel des Fideicommissars regulirt worden, aber das SCtum war doch der Grund, daß der Fideicommissar als Universalsuccessor angesehen wurde, der Prätor konnte hier also nicht selbständig in der Aufstellung der Rechtsmittel verfahren, er durfte nur nach der Vorschrift des SCtum die Klagen in seinem Edicte normiren [10]). Deßhalb hat der Prätor hier nie daran gedacht, wie auch wohl in jenem Falle des Erbschaftsverkaufs ein Interd. adipisc. possess. zu geben. Aber da es durch Civilrecht vorgeschrieben ist, daß die Rechte des heres auf einen Anderen übergehen sollen, so muß darunter auch die her. pet. als utilis begriffen sein. Die Römischen Juristen reduciren dies entschieden, nicht auf den Prätor, weil dieser die utiles act. im Edicte proponirt habe, sondern direkt auf das SCt., wodurch der Uebergang sämmtlicher Klagen vorgeschrieben sei (ex quo actiones transeunt) [11]).

Die utiles actiones ex SCto sind also, wenn auch äußerlich leicht mit den fictitiae des bon. possessor zu verwechseln, dennoch innerlich vollkommen davon verschieden. Durch jene soll ein Anderer an die Stelle des heres treten, deßhalb müssen die Klagen passiv gegen ihn gerade wie gegen den heres gegeben werden, umgekehrt muß er aber auch ganz die Klagen des heres, also nicht bloß die Einzelklagen, sondern auch die her. pet. als utiles haben. Ebenso ist es mit dem Käufer

9) fr. 2. §. 19. pro emtore. fr. 24. fam. herc.

10) Gaius II. 253. Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas, ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, (ei) et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas; post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi; praetor enim utiles ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.

11) fr. 1. de fideic. her. pet. — Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his quibus restituta est hereditas. Nam quisquis susceperit restitutam hereditatem ex senatusconsulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit.

der **bona vacantia**; der praktisch ganz an die Stelle des **fiscus** tritt, durch activ und passiv **utiles actiones**. Der **bonorum possessor** aber wird vom Prätor gar nicht an die Stelle des Universalsuccessor, sondern direkt an die des Verstorbenen gesetzt, er ist selbst **fictus heres**; also seine Rechtsmittel sind nicht, wie bei einer mittelbaren Universalsuccession, aus der Person des **heres** abgeleitet, sondern der **bon. possessor** ist selbst unmittelbarer Universalsuccessor. Deshalb regulirt nun hier der Prätor seine Rechtsmittel selbständig, deshalb stehen hier unter den activen **fictitiae actiones** nur die, welche schon der Erblasser anstellen konnte, nicht auch die **her. pet.**, welche ja kein Erblasser haben kann, sondern anstatt dieser wird ein selbständiges Rechtsmittel, das **Int. quor. bon.** gegeben.

Von der anderen Seite ist dies nun auch wieder völlig verschieden von der Art, wie der Fiscus **bona caduca** vindicirt. Sein Recht stützt sich auf eine **lex**, also er ist Civilerbe, und muß in Folge dessen die **her. pet.** haben. Nun ist es freilich sehr natürlich, daß die Römer auch in der Terminologie die Erben des alten Civilrechts noch genau von ihm trennen, sie begreifen ihn im Gegensatz von **heredes** unter dem allgemeinen Ausdruck: **justus successor** [12]). Aber eben so gut trennen sie ihn auch vom **bonorum possessor**. Alle Prätorischen Universalsuccessoren sind fingirte **heredes**, und dazu wird man den Fiscus doch nicht rechnen wollen. Er hat die **her. pet.** kraft civilen Rechts und nicht als mittelbarer Universalsuccessor, aber wenn auch die Römer ihn in strenger Terminologie den **heredes** entgegensetzen, und sie seine Klage nicht **her. pet.** nennen [12 a]), so bezeichnen sie sie doch an unzähligen Orten mit dem allgemeineren Namen **vindicatio**. Darin liegt gerade, daß die Klage nicht eine **utilis her. pet.** ist [13]),

---

12) Gai. III. 78. fr. 14. §. 17. de religios. fr. 20. §. 12. de her. pet.

12 a) Namentlich auch deshalb, weil sie ein **extraordinarium judicium** vor Fiscalbeamten war.

13) So faßt es v. Schröter S. 137. und Arndts S. 60. auf. Zeitschrift f. Civ. u. Proc. XIX. S. 27. Note 3.

denn es kommt nie utilis vindicatio vor, sie hat ganz die praktische Bedeutung der her. pet., nur will man gleich im Namen sie von dem Rechtsmittel der wahren heredes trennen, und auf das eigenthümliche Recht der lex Jul. und Pap. Popp. aufmerksam machen. Wir müssen also das civile Recht des Fiscus 14) völlig von den Prätorischen Universalsuccessionen trennen, und können darin nicht irre werden, wenn die Antretung dieses Rechts des Fiscus in den Quellen Agnition genannt wird 15), denn daß damit keine Agnition der b. p. gemeint sei, giebt auch v. Schröter zu. Und wenn sich v. Schröter noch auf die b. p. quibus ex legibus als ein Beispiel einer aus civiler Rechtsquelle hervorgegangenen Prätorischen Universalsuccession beruft, so ist dagegen zu bemerken, daß hier gerade nach Vorschrift des Gesetzes der civile Rechtssatz in die schon bestehende Prätorische Form gekleidet wird, und der Grund hievon eben nur die singuläre gesetzliche Bestimmung ist, daß aber daraus noch nicht folgt, der Prätor könne auch da, wo das Civilrecht lediglich eine Universalsuccession einführt, sich ihrer gleich bemächtigen und sie nach Belieben gestalten. Vielmehr muß er sie als Civilrecht anerkennen, und hat nur in Folge seiner Jurisdiction die Pflicht, die Klagen nach dem Sinne des Gesetzes, nicht aber wie wenn er selbst der Urheber des Rechtssatzes wäre, zu normiren.

Hiermit glaube ich bewiesen zu haben, daß für das Bestehen einer allgemeinen her. pet. possessoria zur Zeit der klassischen Juristen keine haltbaren Gründe und glaubhaften Quellenzeugnisse vorhanden sind. Ich habe nur noch Folgendes hinzuzufügen.

Das Wesen der b. p. ruht auf der Fiction des heres-

---

14) Und so auch der mancher anderer Personen, die im neueren Recht Erbansprüche bekamen. v. Schröter S. 94.

15) z. B. fr. 6. §. 3. ad SC. Treb. so auch hereditatem agnoscere, bona admittere fr. 4. §. 17. u. 19. de fideic. libert. — Uebrigens kommt das hereditatem agnoscere auch sonst vor. fr. 17. ex quib. caus. major. fr. 58. solut. matrim.

Seins, wenn es eine her. pet. poss. gegeben hätte, so müßte sie darauf von den Röm. Juristen gebaut worden sein. Nun aber scheint es mir völlig entscheidend, daß Beide, Gaius und Ulpian, in den ächten Werken, die wir von ihnen besitzen, gar Nichts von ihr erwähnen. Nicht etwa, weil sie überhaupt diese Lehren übergingen (denn dann wäre ihr Schweigen von keiner Beweiskraft), sondern gerade weil Beide das Grundwesen der b. p. entschieden in die Fiction stellen, — Ulpian (XXVIII. 12.) noch unzweideutiger als Gaius (IV. 34.), — weil sie eben aus diesem Grunde die dem bon. possessor zustehenden fictitiae actiones ableiten, und nun nicht allein die her. pet. nicht erwähnen, sondern es nach der Construction derselben völlig unmöglich ist, Letztere darunter zu begreifen. Der b. possessor soll so gestellt werden, als wenn er sich unmittelbar an den defunctus anschlösse, nun aber sagt Gaius:

> neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum (esse, neque id quod defuncto de)bebatur potest intendere (dari sib)i oportere, itaque ficto se herede intendit;

also die Fiction wird so eingerichtet, daß es praktisch doch so herauskommt, als wenn er die intentio ex persona defuncti hernehme, und daher muß man nothwendig zu Widersinn gelangen, wenn man die Formeln dieser Fictionen zur Construction einer fictitia hereditatis petitio gebrauchen will [16]), denn dies ist eine Klage, wobei man die intentio aus der Person des heres hernehmen müßte. Nun aber ist die b. p. ein Institut, bei dem man nicht sich den heres als vorhanden und den bonorum possessor von diesem sein Recht ableitend denkt,

---

16) s. Bd. I. S. 303. Note 5. — Die Fiction mußte, wenn man sich überhaupt die her. pet. poss. denkbar machen will, ganz objectiv gefaßt sein, „wenn der Prätor Civilrecht machen könnte" (si Praetor b. possessione data heredem faceret). Dergleichen werden wir freilich in einem besonderen Falle anzunehmen gezwungen (s. §. 122. Note 11.), es war bei der querela inoff. eine Nothwendigkeit, weil vor den Centumvirn durch legis actio, also mit einer in jus conc. formula processirt wurde; aber daß dies weiter ausgedehnt worden sei, dafür bestand weder eine Nothwendigkeit, noch finden wir davon in den Quellen irgend eine Andeutung.

sondern umgekehrt, man nimmt den **heres** als nicht vorhanden an, und gerade deßhalb stellt der Prätor kraft seines Imperiums einen Universalsuccessor auf. Darum kann er nun auch seinem **bonor. possessor** die Einforderung der **corpora hereditaria**, wozu dem **heres** die **her. pet.** dient, nur durch ein Rechtsmittel gewähren, das direkt auf dies **imperium** basirt ist, und gerade darum mußte es ein Interdict werden.

Dies däucht mich der innere Grund, wie er mit Nothwendigkeit aus allen Ecken der **h. p.** hervorleuchtet, und um dessentwillen es mir eine Unmöglichkeit scheint, an eine **her. pet. poss.** zu denken, so lange die Juristen da waren, um als sorgsame Wächter das Wesen des Instituts zu hüten. Es ist eigenthümlich, daß gerade Arndts dem nahe kommt, indem er eingesteht, daß so, wie die **fictitiae actiones**, die **her. pet. poss.** nicht concipirt sein konnte, während Fabricius [17]) seine ganze Ansicht gleich dadurch wieder über den Haufen wirft, daß er „gar nicht läugnen will, der **bon. possessor** habe vermöge der **fictitiae actiones** auch die **her. petitio**, **ficto se herede** anstellen können." Er weiß das nur so hinwegzuräumen, daß diese Fiction nicht nöthig war, indem er schon im Interdict eine ganz auf dasselbe gerichtete direkte Klage hätte. Da aber, wie wir gesehen haben, das Interdict durchaus nicht auf dasselbe gerichtet war, wie die **her. pet.**, so wäre damit gerade, nach Fabricius, das Bestehen der **her. pet. poss.** bewiesen.

§. 122. Ich schreite jetzt zu der positiven Untersuchung, woraus und wann dies fragliche Rechtsmittel entstanden sei? Ebenso wie sich z. B. für den Untergang des **ordo judiciorum** selbst schon lange vorher, zur Zeit der klassischen Juristen, die Keime auffinden lassen, so ist das auch vielleicht hier möglich?

In der That sind dergleichen Keime vorhanden, und den Römischen Juristen bekannt, ohne daß aber daraus auf das Bestehen der allgemeinen **her. pet. possessoria** geschlossen werden könnte. Auf den einen derselben macht schon Huschke aufmerksam.

---

17) Rhein. Mus. IV. S. 179.

Es war erst durch den Prätor der Begriff aufgekommen, daß auch die bloße Cognation ein Recht auf das Vermögen des Verstorbenen gewähre. Der Prätor hatte damit etwas hervorgerufen, was der Geist der Zeit gegen das Ende der Republik mit Lebhaftigkeit ergriff. Das alte Agnatenrecht war nicht mehr als alleiniges das Intestaterbrecht beherrschendes Princip. Das alte Recht hatte kein Bedürfniß gehabt, den Ascendenten ein besonderes Erbrecht zu verleihen, denn entweder war das Kind in väterlicher Gewalt und hatte kein Vermögen, oder der Vater war todt und die Mutter beerbte ihr Kind, bei der in älterer Zeit durchaus vorherrschenden Ehe mit manus, als consanguinea. Aber im Lauf der Zeiten, als die Emancipationen häufiger, die strengen Ehen seltener wurden, kamen der Fälle immer mehr vor, wo das Kind weder Vater noch Mutter, und wieder Letztere nicht ihr Kind beerben konnten. Durch den Prätor wurden (abgesehen von den besondern Rechten der Emancipirten) allgemein alle Descendenten und Ascendenten (parentes et liberi) als Cognaten zur Erbschaft gerufen, und überhaupt noch vor den übrigen Cognaten besonders begünstigt, wie namentlich durch die längere Agnitionsfrist von einem Jahr, und durch das Recht auf die Legate bei der c. t. b. p. Letzteres hängt nun genau mit einem anderen Institute zusammen. Nachdem man einmal allgemein ein Intestaterbrecht der Cognaten auf die Erbschaft anerkannt hatte, fand man es passend, diese gleichsam erste Klasse der parentes et liberi noch besonders zu bevorzugen, indem man ihr Intestaterbrecht als ein absolutes, auch durch ein Testament des Erblassers nicht zu elidirendes m. a. W. als Notherbenrecht anerkannte. Dieser Satz hat zur Grundlage die allgemeine Volksansicht von den Pietätspflichten der nächsten Verwandten, das praktische Organ seiner Realisirung wurde der Centumviralgerichtshof. Es ist nach den Quellen klar, daß der Kreis der parentes et liberi das eigentliche Gebiet der querela inoff. testamenti ist. Ueber die weiteren Gränzen mögen Meinungsverschiedenheiten gewesen sein, bis sich die Praxis des Gerichtshofes auch noch für Zulassung der Geschwister entschied [1].

1) fr. 1. de inoff. test. — Sciendum est, frequentes esse inoffi-

Jenes Edict des Prätors de legatis praestandis ist offenbar, wie oben schon bemerkt wurde, die Berücksichtigung dieses Notherbrechtes, indem nothwendig den nächsten Verwandten das bewahrt werden muß, ohne dessen Hinterlassung sie das Testament umstoßen könnten. Gerade die Beschränkung dieses Edictes auf die par. et lib. zeigt, daß darauf auch ursprünglich die querela beschränkt gewesen sein mag; oder wenigstens das Recht der Geschwister noch keine sichere Anerkennung erlangt hatte.

Das Rechtsmittel, womit nun dieses Notherbenrecht geltend gemacht wird, die querela inoff. testamenti, dient, so sehr man auch im Einzelnen über ihre juristische Gestalt verschiedener Ansicht ist, jedenfalls dazu, das Intestaterbrecht mittelst Rescission des Testamentes zur Anerkennung zu bringen. Dies Intestaterbrecht ist entweder civiles oder Prätorisches. Da jenes durch formlose her. aditio angetreten werden kann, so genügt es auch hier in gewisser Weise erklärt zu haben, daß man sein Notherbenrecht geltend machen wolle, um es als erworben und auf die Erben transmittirbar anzusehen. Ist es dagegen Prätorisches Intestaterbrecht, so muß es erst, wie jede b. p., agnoscirt werden, damit die juristische Grundlage der querela feststehe [2]). Die Römer nennen dies die bon. pos-

ciosi querelas, omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, quum obtinendi spem non habeant. — Die Beschränkung auf die agnatischen Geschwister kann nur eine Singularität der späteren Gesetzgebung sein, da das ganze Recht der querela so entschieden auf Cognation gebaut ist. Und in der angeführten Stelle liegt wenigstens (wenn nicht die Worte qui sunt ultra fratrem eine Interpolation sind), daß für die Geschwister die Querel keineswegs so entschieden feststand, wie für parentes et liberi.

2) fr. 6. pr. de inoff. test. — Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore; sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere.

sessio litis ordinandae gratia[3]), ein Ausdruck, den Fabricius ganz quellenwidrig für das gebraucht, was er für den Ursprung der bon. poss. hält.

Die Klage nun, welche dieser Begründung des Erbrechts folgt, kann durchaus, und dies wird heutzutage immer mehr anerkannt, eine hereditatis petitio nur mit eigenthümlicher Nüancirung (ex causa inofficiosi testamenti), genannt werden[4]). Bei einem Descendenten, der Civilintestaterbrecht hat, macht das auch gar keine Schwierigkeit[5]), er muß die her. pet., die ja überhaupt auf Anerkennung des Erbrechts geht, ebensowohl gegen den bloßen Besitzer (pro herede und pro possessore), als gegen den anstellen können[6]), der sich als scriptus heres ein Recht auf die Erbschaft zuschreibt, ähnlich wie man die Klage auf Anerkennung des Eigenthums sowohl gegen den Besitzer (rei vindicatio), als gegen den ein materielles Recht an der Sache Behauptenden (negatoria actio) richtet. Deßhalb kann diese Klage auf Anerkennung des Erbrechts nur gegen den scriptus heres gedacht werden, ebenso wie die negator. act. nur gegen den ein dingliches Recht Behauptenden, aber freilich, wenn der Beklagte zugleich Besitzer der Sache ist, so kann in beiden Fällen der siegende Kläger

3) fr. 8. fr. eod.

4) l. 3. C. de her. pet. — Fabricius denkt sich die Formel der legis actio so (S. 149.): hoc testamentum inofficiosum et a furioso factum ajo.; wogegen Huschke (a. a. O. S. 24.) mit Recht bemerkt, daß keine legis actio in factum concipirt sein könne.

5) Huschke vermuthet die Formel: hanc ego hereditatem meam ex jure Quiritium esse ajo mit dem Zusatz ex causa inofficiosi testamenti. Nur möchte ich mich nicht darauf berufen, daß auch die rei vindicatio mit einer adjecta specialis causa habe angestellt werden können Abgesehen davon, daß dies bekanntlich sehr zweifelhaft ist, würde aus der Vergleichung nur folgen, daß man bei der her. pet. den Grund seines Erbrechts (Testament, Verwandtschaft) hätte hinzufügen müssen.

6) fr. 20. pr. de c. t. b. p. fr. 20. de inoff. — Qui de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam, quam hereditatis petitionem exercere. Ueber die Bedeutung des Ausdrucks querela bei den Römern s. Gneist Formelle Verträge S. 66. ff.

zugleich Herausgabe des Besitzes verlangen. Wo aber dies nicht der Fall ist, da wird gegen den Besitzer noch die wahre her. pet. angestellt, und die voraufgegangene inoff. querela erscheint dafür nur als ein Präjudicium 7).

Dieses Rechtsmittel der querela inoff. test. wird nun auch dem, der sein Intestaterbrecht auf b. p. stützt, in ganz gleicher Weise gegeben. Es geht freilich aus dem Gesagten genügend hervor, daß daraus kein Schluß auf das allgemeine Bestehen der her. pet. poss. gemacht werden kann, denn ebenso wie die rei vind. und negatoria act. als zwei verschiedene Klagen behandelt werden, so sind auch diese her. pet. contra scriptum heredem und die contra pro herede und pro possessore possessorem noch genau zu trennen 8), und es kann nicht von der einen auf die andere geschlossen werden. Aber gerade deßhalb kann man auch nicht meinen, daß vor den Centumvirn der bon. possessor sein Int. quor. bon. und seine ficticiae actiones mit besonderer Berufung auf die Inofficiosität angestellt habe. Er bedarf einer Gesammtklage zur Durchsetzung seines Intestaterbrechts gegen den scriptus heres 9), welches hier als civiles fingirt wird, und welches in Folge dieser Fiction nun auch wirklich eine in jus concepta actio ist. Daher kommt es, daß die Römer nun auch in Fällen, wo nur ein bonorum possessor mit der Querel auftritt (z. B. ein Kind gegen seine Mutter), von einem hereditatem petere, ja (da dies nach dem §. 121. im Anfange Gesagten noch zweifelhaft ist) von einer vindicatio hereditatis sprechen 10),

---

7) In dieser Hinsicht ist es durchaus richtig, mit Hugo auf die Stellung der querela inoff. vor der her. pet. aufmerksam zu machen.

8) Daraus rechtfertigt sich, was wir oben gesehen haben, daß die Römer von Beiden im Pluralis, nicht im Singularis sprechen konnten.

9) Aus dieser Behandlung der quer. inoff. als her. pet. ersieht man recht klar die Richtigkeit des Band I. S. 318 Gesagten, daß die Römischen Juristen das dogmatische Grundwesen der her. pet. als auf Anerkennung des Erbrechtes gerichtet auffaßten, daß es also nur eine historische Anomalie sein kann, wenn die gewöhnliche her. pet. nicht alle aus dem Erbrechte fließenden Befugnisse (nämlich nicht die dinglichen Einzelklagen) umfaßt.

10) In fr. 19. de inoff. kommt dieser Ausdruck dreimal vor.

was ohne eine in jus concepta actio nicht wohl denkbar wäre. Wie aber im Einzelnen diese Fiction gelautet haben möge, wage ich nicht zu bestimmen [11]).

Außer diesem Punkte lassen sich allenfalls noch an folgende Fälle einer dem bon. possessor zustehenden her. pet. schon zur Zeit der klassischen Juristen denken.

Einmal nämlich kann man fragen, ob nicht dieselbe bei der singulären bon. poss. quibus ex legibus zugestanden worden sei. Hier coincidirt nämlich wahrhaft Civil- und Prätorisches Recht, und so wie wir oben (§. 117. Note 12.) sahen, daß daraus nicht bloß die b. p. ex legibus, sondern auch die unde legitimi agnoscirt werden durfte, so könnte man auch meinen, daß der b. possessor die Macht gehabt habe, ob er die prätorischen oder die civilen Rechtsmittel anstellen wolle. Indeß bezweifle ich dies doch. Das Civilrecht hat sich hier, namentlich um Prätorische Institute fortzubilden, absichtlich in die Prätorische Form gebannt, aber darin liegt denn auch, daß es die Prätorischen Regeln stillschweigend voraussetzt. So wird z. B. der patrona durch die lex ein gleiches Recht zugestanden, quod patronus habet ex edicto [12]), also muß sie doch den Regeln der Agnition vor dem Prätor noch ebenso unterworfen worden sein, als der Patron selbst, und so werden denn auch die Rechtsmittel für sie keine anderen sein können, als für jenen. —

Ein anderer Fall, auf den ich noch aufmerksam machen muß, ist ein höchst eigenthümlicher. Wenn nämlich ein Freigelassener stirbt, so hat der Prätor eine Reihe von Klassen angeordnet, welche theils ganz denselben Grund haben, als die für den Freigeborenen angeordnete Erbfolgeordnung, theils sich

---

11) Huschke vermuthet folgende Formel: si Praetor b. possessione ex edicto data heredem faceret, hanc ego hereditatem e. j. Q. meam ex causa inofficiosi testamenti esse ajo.

12) Ulp. XXIX. 6.

aus den besonderen Patronatischen Verhältnissen erklären [13]). Ich habe schon in der Einleitung des ersten Bandes bemerkt (S. XIX.), daß ich die weitere Entwicklung dieser Klassen vom vorliegenden Werke ganz ausschließen konnte, indem ihre Eigenthümlichkeit nur in den berechtigten Subjecten, nicht aber in dem Wesen und Begriff der b. p. liegt. Was wir daher von der Entstehung des ganzen Institutes, und von seinen Rechtsmitteln sagen, muß unverändert auch von der b. p. liberti gelten. Aber es kommt hiebei eben noch eine besondere Klasse vor, wodurch der Patron den ihm in eigenthümlicher Weise zustehenden Pflichttheil erlangt, die b. p. dimidiae partis, und diese interessirt uns hier [14]). Der Patron soll dafür, daß er dem Verstorbenen die Freiheit gewährt hatte, gewisse pecuniäre Vortheile erlangen können. Er darf dem Freigelassenen Dienste auflegen [15]), und sobald diese nicht geleistet sind, und auch der Patron nicht darauf verzichtet hat [16]), so würde es eine Undankbarkeit sein, wenn der Freigelassene nicht nach seinem Tode dem Patron einen Theil seines Vermögens hinterlassen wollte. Nur wenn er selbst erzeugte Kinder in seiner Gewalt hat, ist er davon frei, und der Patron hat dann nur die Klage auf die nicht geleisteten Dienste, gegen alle übrigen Erben des Freigelassenen aber steht ihm auch statt jener Klage die b. p. auf seinen Pflichttheil, die Hälfte des Vermögens, zu [17]), welche also theils als contra tabulas, theils intestati b. p. contra suos non naturales, sowie gegen alle ferneren Klassen erscheint. Die Römer nennen diesen Pflichttheil pars debita, und nun fragt es sich, wie sie die darauf gerichteten Rechtsmittel behandeln, und ob wir hier von den gewöhnlichen Klagen der b. p. sprechen können? In zwei Stellen nämlich wird die

13) Ulp. XXVIII. 7. §. 3. I. de b. p. — Göschen in Hugo's Civ. Mag. IV. Nr. 12. Unterholzner in d. Zeitschr. f. gesch. R. W. V. Nr. 2. Huschke's Studien I. Nr. 2.

14) Ulp. XXIX. 1. Gai. III. 40. 41. Tit. D. de bon. libert.

15) Abgesehen von bestimmten Ausnahmen fr. 47. de oper. libert. fr. 3. §. 4. de bon. lib.

16) fr. 37. pr. de bon. lib. fr. 41. 48. de oper. libert. fr. 47. §. 2. de bon. libert.

17) fr. 20. de jure patron.

Geltendmachung der pars debita durch vindicare bezeichnet[18]), und danach liegt die Schlussfolgerung sehr nahe, daß, da ja die her. pet. eine vindicatio ist[19]), damit die hereditatis petitio possessoria gemeint sei, die also doch wieder bei einem Fall der b. p. sich finde, und danach auch wohl für die übrigen Klassen angenommen werden müsse[20]).

Es lassen sich hiergegen verschiedene Antworten vorbringen, jedenfalls glaube ich nicht, daß dadurch das oben gewonnene Resultat über die Nichtexistenz der her. pet. poss. zur Zeit der klassischen Juristen irgend geschwächt werde.

Einmal kann man sagen, daß in jenen beiden Stellen der Ausdruck vindicare uneigentlich gebraucht sei, ebenso wie auch die Worte hereditatem petere noch keineswegs das Vorhandensein der hereditatis petitio voraussetzen. Hierfür spricht noch, daß in jenen beiden Stellen gar nicht direkt von den Rechtsmitteln aus der b. p. die Rede ist, sondern die Frage entschieden wird, ob überhaupt hier die b. p. selbst zulässig ist; und eben dies bejahen die Juristen African und Javolen mit den Worten: er könne die pars debita vindiciren, was also nichts Anderes heiße, als er könne auf seinen Pflichttheil die b. p. agnosciren.

Diese Erklärung ist möglich, aber dennoch neige ich mich mehr zu einer anderen. Wenn auch hier mit vindicare nichts weiter ausgesprochen wird, als daß die b. p. agnoscirt werden dürfe, so kommt doch der Ausdruck, so viel ich weiß, nie bei der Erbittung einer gewöhnlichen b. p. in den klassischen Quellen vor, und er wäre auch bei Etwas, was so direkt auf der Prätorischen Machtvollkommenheit ruht, wie die b. p., nicht sehr passend gewesen. In dem vindicare liegt doch immer die Hindeutung auf eine mehr dem Civilrecht angehörende Befugniß, und wenn wir ihn also bei der b. p. gebraucht finden, so müssen wir daraus wohl gerade auf eine ganz singulär ge-

18) fr. 26. de bon. libert.: „posse patronum partem debitam vindicare." — fr. 36. eod. „auferrique patrono, quod modicum vindicaturus est." (fr. 28. de legat. II.)

19) Gai. IV. 17.

20) Bisher freilich hat Niemand diese Schlussfolgerung aufgestellt.

eigenschaftete bon. possessio schließen. Und so ist auch in der That da, wo wir den Ausdruck noch einmal finden (s. Note 10.), ein ganz eigenthümlicher Fall, nämlich die Anstellung der querela inoff., vorhanden. Ebenso sind nun hier bei der b. p. des Patrons auf den Pflichttheil der Andeutungen genug, daß wir etwas ganz Singuläres vor uns haben, bei dem sich der Ausdruck vindicare recht gut gebrauchen ließ, ohne daß wir daraus für die übrige b. p. Schlüsse ziehen dürften.

Es fällt nämlich gleich in die Augen, daß die Römer den mit dieser b. p. zu fordernden Pflichttheil ganz unter dieselben Regeln stellen, wie den, der zur Ausschließung der querela inoff. hinterlassen werden muß. Er wird vom Todestage berechnet [21]), es werden nicht bloß die Bedenkungen im Testamente, sondern auch die mortis causa donationes, ausnahmsweise auch die Schenkungen, darauf angerechnet [22]), es dürfen diese Dispositionen nicht auf Zeit und Bedingung gestellt sein [23]), eine Anerkennung dieser Dispositionen vernichtet das Notherbenrecht [24]), und endlich dieses Notherbenrecht wird erst deferirt, wenn der, gegen den es gerichtet ist, die hereditatis aditio, oder die Agnition der b. p. vorgenommen hat [25]). Der Unterschied ist nur, daß bei der quer. inoff. ein Theil des Intestattheils zu deren Ausschließung genügt, während dem Patron das Ganze, was er mit der b. p. fordert, auch hinterlassen sein muß. Im Uebrigen ist aber auch die Terminologie ganz dieselbe, indem mit der querela ebenso die pars debita (ab intestato) eingefordert wird, wie auch der Gegenstand dieser b. p. auf eine pars debita geht. Und ebenso wie dort jener Theil legitima portio genannt wird, so wird auch hier die b. p. ein legitimum auxilium genannt [26]).

Hiernach hat also die contra tab. b. p. des Patrons, mit der der Kinder gegen das Testament ihres Vaters eben nur

21) fr. 3. §. 20. de bon. libert. (l. 6. C. de inoff.)

22) fr. 3. §. 10. § 15—18. de bon. libert. (fr. 8. §. 6. fr. 25. pr. de inoff. test.)

23) fr. 24. §. 1. u. 2. de jure patron. (l. 32. C. de inoff.)

24) fr. 6. §. 4. de bon. libert. (fr. 31. §. 3. u. 4. de inoff.)

25) fr. 3. §. 5. u. 12. de bon. libert. (fr. 8. §. 10. de inoff.)

26) fr. 3. §. 1. de bon. libert.

den Namen gemein[27]), ihrer materiellen Bedeutung nach dagegen steht sie durchaus mit der querela inofficiosi auf einer Stufe. Was ist daher natürlicher, da die Letztere eine vindicatio ist, ja sogar noch so genannt wird, wenn sie auch nur auf der bon. poss. litis ordinandae gratia ruht, — daß man nun auch die b. p. des Patrons eine Vindicirung der pars debita nennt. Damit soll also nicht, was vorzüglich hervorzuheben ist, angedeutet werden, daß aus dieser b. p. eigenthümliche Rechtsmittel, etwa eine her. pet. possessoria, hervorgingen, sondern die Agnition der b. p. selbst wird eine Vindication genannt, weil, obgleich sie ja überhaupt gar keine Klage ist, die materielle Gleichheit dieses Rechtsmittels mit der querela die Römer sehr natürlich auch veranlaßte, die Terminologie dieser Letzteren auf jene zu übertragen. Damit ist nun also auch gar nicht unvereinbar, daß die juristische Construction der aus dieser b. p. folgenden Klagen ganz dieselbe war, wie bei jeder anderen b. p., wie dies denn auch in den Quellen angedeutet zu werden scheint[28]), namentlich in Beziehung auf zu belangende dritte Personen, während allerdings zwischen dem Patron und dem anderen Erben, der durch Jenen verliert, noch möglicher Weise eine eigenthümliche Klage vorkommen konnte[29]), die, wie z. B. die actio fideicommissi dazu dient, das mehr mittelbare Erbrecht des Patrons überhaupt erst nach seiner Quote gerichtlich festzustellen, und die die Römer nach Analogie der societatis actio behandelt zu haben scheinen, an deren Stelle ja überhaupt dies Pflichttheilsrecht des Patrons getreten war[30]).

---

27) s. auch fr. 4. pr. de b. p. c. t.

28) fr. 50. §. 2. de bon. libert. — „Sed numquid Praetor ei denegare possessorias actiones debeat," — fr. 16. §. 5. eod. „denegari ei debere actiones."

29) fr. 10. pr. eod. — Si ex patronis alicui satisfactum non erit, ita ut alii amplius sua portione ex bonis liberti relinquatur, ei cui satisfactum non erit, ita actio dabitur, ut ejus portio suppleatur ex eo quod extraneo heredi et quod patrono supra suam portionem relictum est.

30) fr. 1. §. 1. u. 2. de bon. libert. — Et quidem prius Praetor Rutilius edixit: se amplius non daturum patrono, quam ope-

§. 123. Nach der bisherigen Darstellung ist also doch nur Ein Fall vorhanden, in welchem man allerdings zur Zeit der klassischen Juristen eine her. pet. possessoria anzunehmen hat. Ein zweiter ist dem nun noch beizufügen.

In den Provinzen nämlich wurde die Handhabung des Erbrechts von Seiten des Statthalters in die Rechtsform der b. p. gekleidet [1]). In Rom tritt der Prätor mit seinem Institute zur Ausbildung und Verbesserung des Civilerbrechtes auf, und er nennt seine Erben, weil er sie nicht zu heredes machen kann, doch wenigstens hereditatis possessores, da sie die factische vom Prätorischen imperium aufrecht erhaltene Macht eines heres haben. In den Provinzen nun kann kein Peregrine heres werden, was war also natürlicher, als daß man hier das Institut anwandte, das schon in Rom für den Fall bestand, wo kein heres sich zeigte, während in den Provinzen gar kein heres vorhanden sein konnte. Durch den Proconsul wurde er nun loco heredis constituirt, d. h. es war hiermit das Erbrecht der Provinzialen, das doch die Römer nothwendig anerkennen mußten, in eine ihnen geläufige Rechtsform gebracht. Freilich stand es in der Macht jedes Proconsuls ein Edict darüber zu erlassen oder nicht, aber auch in letzterem Falle lag die Subsumtion unter den Begriff der b. p. so nahe, daß auch ohne ein Edict die Erbschaften der Provinzialen danach regulirt sein werden. Aber dergleichen ist, wie Cicero mit Recht sagt, nicht gut ohne eine vorher bestimmte Regel abzumachen, und so werden gewiß die meisten Provinzialstatthalter, sowie vorzüglich der praetor peregrinus für die

rarum et societatis actionem. — Posteriores Praetores certae partis bonorum possessionem pollicebantur. Videlicet enim imago societatis induxit ejusdem partis praestationem, ut quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret.

1) Cic. ad. Att. VI. 1. §. 12. — „duobus generibus edicendum putavi: quorum unum est provinciale, in quo est de rationibus civitatum . . . . alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis vendendis; quae ex edicto et postulari et fieri solent.

in Rom lebenden Peregrinen es an einem Edicte de hereditatum possessionibus nicht haben fehlen lassen. Allerdings aber kann darin doch wieder nicht dasselbe gestanden haben, als im Edict des praetor urbanus. Letzteres, da es zur Ausbildung des Civilrechts diente, hing auch so genau mit civilrechtlichen Sätzen zusammen, und stützte sich oft so wesentlich darauf, daß eine Uebertragung auf Peregrinen unmöglich war. So mußte, wie Hugo hiebei bemerkt [2]), bei der secundum tabulas b. p. bewiesen werden, daß der Testator als civis romanus gestorben sei, und so wurde ja auch die Vorschrift der Obsignation der Testamente auf das Civilrecht reducirt [3]). Von einer Klasse des suus, der Agnaten und Gentilen konnte überhaupt bei Peregrinen nicht die Rede sein [4]), und auch die Klasse unde vir et uxor bezieht sich nach dem Edict des Praetor urbanus nur auf justa matrimonia [5]). Es versteht sich also von selbst, daß auf Peregrinen nur übertragen werden konnte, was überhaupt für sie paßte; und so werden die einzelnen Klassen, sowie die Regeln über Errichtung der Testamente, meist dem Gewohnheitsrechte der verschiedenen Districte entsprochen haben, während man, wo dies nicht entgegenstand, also namentlich auch für die Peregrinen in Rom, analog die Grundsätze über Errichtung der Testamente, und über das Erbrecht der liberi, cognati und Ehegatten angewandt haben wird.

Zu dem, was bei den Peregrinen nicht so direkt anzuwenden war, scheint mir nun auch namentlich die Construction der aus der b. p. folgenden Rechtsmittel zu gehören. Die fictitiae actiones konnten jedenfalls nicht in der Weise vorkommen, wie sie Gaius IV. 34. mittheilt:

> si A. A. Lucii Titii heres esset — tum si fundum de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret, oder tum si paret N. N. A. A. sestertium decem millia dare oportere.

---

2) R. G. S. 554. Note 5.
3) s. Bd. I. S. 159.
4) Gai. I. 55.
5) fr. un. pr. unde vir et uxor.

Denn hier wird doch immer vorausgesetzt, daß der A. A. seiner Persönlichkeit nach heres werden kann, und es nur in diesem Falle nicht ist. Vielmehr hätte hier, sollte die Formel überhaupt brauchbar sein, die Fiction verdoppelt werden müssen, indem der Peregrine zuerst als civis Romanus zu fingiren wäre:

si A. A. civis Romanus et Lucii Titii heres esset, tum etc.

wie allerdings derartige Fictionen bei den Römern vorgekommen sind [6]. Allein wenn auch in dieser Weise die Formel wenigstens denkbar wäre, so würde doch in der Annahme, daß sie wirklich so vorgekommen sei, eine, wie mir scheint, völlige Verkennung der Römischen Zustände liegen. Die Beispiele, welche Gaius von der Fiction si civis Romanus esset anführt, sind Pönalklagen (actio furti, legis Aquiliae), und hier ist es freilich sehr natürlich, daß ein delinquirender Peregrine nicht ungestraft bleiben darf, da wo ein Römer der Strafe unterliegt, woraus denn in Folge der nothwendigen Gleichheit des Rechts auch folgt, daß der Peregrine aus einem solchen Delict des Römers muß klagen können. Aber es scheint mir sehr unwahrscheinlich, daß diese Fiction noch über das Gebiet der Pönalklagen von den Römern benutzt worden wäre. Wo sollte nun die Gränze sein, daß nicht am Ende die Peregrinen sich des ganzen Civilrechts bemächtigt hätten? Woher sollen sich die vielen einzelnen leges und SCta erklären, wonach eine für cives berechnete Bestimmung erst ganz besonders auf die Provinzen übertragen werden mußte? Und wenn hier bei der b. p. die Peregrinen als cives angenommen worden wären, so müßten sie dann überhaupt allen ihren Regeln unterworfen worden sein, was doch entschieden nicht der Fall ist. Die Römer waren gar nicht gemeint, alle in den Provinzen geltenden Rechtssätze unter Römische Formen zu zwängen. Sie lassen dieselben entweder, wie wir aus so vielen Stellen des Gaius sehen, ganz selbständig bestehen, oder wo im Römischen Recht sich ein Institut findet, dessen freiere Gestalt Aehnlichkeit mit dem Peregrinenrechte darbietet, da stellen sie es auch wohl mit

6) Gai. IV. 37.

unter diesen Gesichtspunkt, ohne es deßhalb ganz in dem Römischen Institute aufgehen zu lassen. So hat das Eigenthum der Peregrinen Aehnlichkeit mit dem Römischen in bonis, aber es wird doch wieder gleich dadurch zu einem ganz andern, daß jenes: unum dominium ist, während dieses auf der divisio dominii beruht [7]). So ist auch der bon. possessor bei den Peregrinen gar Keiner, den noch wieder ein heres vertreiben könnte, und deßhalb brauchten seine Rechtsmittel auch nicht so construirt zu sein, wie dies in Rom nöthig war. Man brauchte und wollte gar nicht den Peregrinen in die Stelle eines civilrechtlichen heres hineinfingiren, und deßhalb fielen die fictitiae actiones hinweg, und man wollte auch gar nicht dem Peregrinen einen nur interimistischen Besitz der Erbschaft bis zum Auftreten des heres gewähren, und deßhalb war wieder das bloß possessionis quaestionem enthaltende Int. quor. bon. unpassend.

Hiernach scheint es mir durchaus wahrscheinlich, obgleich ich es direct aus den Quellen nicht beweisen kann, daß man, da der Peregrine doch von vorn herein als definitiver Erbe anerkannt werden sollte, ihm auch die den civilen Erbrechtsklagen analogen Rechtsmittel, also namentlich die her. petitio gewährte, womit er die Anerkennung seines Erbrechtes durchsetzen konnte. Ob man dabei an den historischen Singularitäten der Römischen her. pet., also an der Ausschließung der Einzelvindicationen von dieser Klage, haften blieb oder nicht, wage ich natürlich nicht zu entscheiden. Man könnte nun aber jedenfalls dieses hier vermuthete Rechtsmittel eine her. petitio possessoria nennen.

§. 124. Wir haben in einer weitläuftigeren Entwicklung auf die Punkte eingehen müssen, worin zur Zeit der klassischen Juristen von einer poss. her. pet. die Rede sein kann. Daß es Fälle sind, die das Gepräge der Singularität auf der Stirn tragen, und keinen Rückschluß auf das gesammte System der der h. p. zulassen, daß dadurch also unsere obigen dies Letztere betreffenden Argumentationen nicht afficirt werden, dies wird

7) s. Bd. I. S. 277.

hoffentlich unsere ganze Darstellung gezeigt haben. Erst jetzt, nach Beendigung dieser Vorfragen können wir dem Orte zuschreiten, wo in der That die Entstehung der her. pet. poss. als eines allgemeinen Rechtsmittels der bon. poss. zu finden ist. Ich glaube, wie ich schon oben bemerkte, daß dieselbe aus dem Untergange des ordo judiciorum hervorgegangen, also um die Zeit des Diocletian zu setzen sei. Dieser Kaiser hob im Jahr 294 die Uebertragung des Verfahrens an den judex auf, indem jetzt die praesides regelmäßig die ganze Sache selbst zu verhandeln hatten [1]). Dadurch wurde keineswegs, wie schon oben bemerkt ist, die materielle Natur aller Klagen verändert, wohl aber mußte da, wo sich verschiedene Rechtsmittel bisher vorzüglich in Folge ihrer processualischen Gestalt unterschieden hatten, mehr oder minder eine Verschmelzung eintreten. Daß dies gerade bei den Klagen aus der bon. poss. der Fall ist, scheint mir zu erweisen nicht schwer zu sein.

Die b. p. hat in der späteren Kaiserzeit eine wesentlich andere Gestalt angenommen, als sie unter den klassischen Juristen darbietet. Die Untersuchungen der folgenden drei Kapitel dieses Buches werden tiefer darauf eingehen, wie wir uns diese Verschmelzung eigentlich zu denken haben. Zur Entscheidung der Frage, die uns hier beschäftigt, sind sie noch gar nicht nöthig. Es genügt eine rein äußerliche, noch sehr oberflächliche Anschauung der Sache, um den Punkt, den wir jetzt vor Augen haben, zu erreichen.

Die b. p. war gegen Diocletian hin der Inbegriff des gesammten ausgebildeten Erbrechts geworden. Sie umfaßte neben dem Neuen, was der Prätor eingeführt hatte, auch sämmtliche civilrechtliche Klassen, die sich noch erhalten hatten; aber diese waren im Verhältniß zu Jenem bei weitem das Geringere, viel seltener Vorkommende. Abgesehen von den Testamenten bestanden aus dem Civilrecht nur die Klassen der sui, und der übrigen legitimi, das weite Feld der Cognatensuccession gehörte rein dem Prätorischen Rechte an, und auch innerhalb der civilrechtlichen Klassen war die b. p. so vielfach das einzige Successionsmittel, weil das Civilrecht die gradaum

1) Puchta Curs. der Instit. II. S. 236.

noch die alten fictitiae actiones in ihrer bisherigen Form: si heres esset, während doch der damaligen Zeit mehr die directe Assertion: quum heredis loco sit, oder (nach den Worten unserer Diocletianschen Stelle zu sprechen) geradezu: quum heres sit angemessen war?

So lange noch besondere formulae concipirt wurden, blieb man allerdings an den alten Klagarten hängen, aber Niemand konnte die fortschreitende Zeit hindern, der alten Form ein anderes Wesen beizulegen, und in den Prätorischen Klagen dieselbe innere Bedeutung zu finden, welche die her. petitio und die Einzelvindicationen für den Civilerben hatten.

Als daher unter Diocletian die judices, und damit die formellen Conceptionen der Klagen hinwegfielen, da mußte von selbst zusammenbrechen, was sich schon vorher nur noch formell, nicht mehr dem Wesen nach geschieden hatte. Man mußte, da die Durchsetzung der b. p. ein eben so definitives Erbrecht gewährte als die hereditas, auch den darauf vor dem Beamten gerichteten Klagantrag in beiden Fällen als ganz gleichartig ansehen. Und da als die Klage zur Durchsetzung des Rechts eines heres vorzugsweise die her. pet. erscheint, wenn sie auch nicht Alles wahrhaft umfaßt [5]), so kann es uns nicht wundern, wenn man auch den Antrag des b. possessor auf Schutz in seinem

---

Construction mit sich brachte. Und was damals bereits bei diesen einzelnen Fällen eintrat, mußte sich nun nach und nach auf das ganze System der b. p. erstrecken. — Es ist aber wohl zu bemerken, daß gerade von einem solchen Falle, der schon als Ausnahme von der Grundidee des Interdicts erscheint (nämlich bei der b. p. aus einem vitiösen Testamente s. §. 107. Note 4.), Papinian die Klage des b. possessor zur Geltendmachung seines Rechts mit den Worten bezeichnet: si possessionem petat. Also er spricht vom Int. quor. bon. und nicht von der her. pet. poss., und wahrlich wenn letztere damals bestanden hätte, so hätte doch Papinian von ihr da reden müssen, wo er ausdrücklich die doli exc. des heres zuläßt.

5) Die Absonderung der Einzelvindicationen von der her. pet. erkennt auch noch Diocletian in l. 7. C. de her. pet vollkommen an, woran er den Satz knüpft, daß wohl gegen jene, nicht aber gegen diese eine usucapio oder longi temporis praescr. gerichtet werden könne. s. auch l. 4. C. in quib. causis cessat longi temp. pr.

Recht jetzt ebenso als hereditatis petitio bezeichnet, wie ihn Diocletian selbst heres nennt.

Also in der veränderten Anschauung der b. p. liegt die Entstehung der allgemeinen her. pet. possessoria, und deßhalb gerade kann zur Zeit der klassischen Juristen, weil hier das Institut noch dem älteren Begriffe unterworfen war, von derselben nicht die Rede sein. Dies Resultat in Beziehung auf die Entstehungszeit wird vielleicht Mancher von vorn herein eher zugeben, aber den Entstehungsgrund in etwas Anderem suchen wollen.

Es habe dem bon. possessor an einer wahren Universalklage gefehlt, indem das Int. quor. bon. ein viel engeres Rechtsmittel gewesen sei, als die her. pet., und eben deßhalb habe, wenn eine völlige Gleichheit der bon. poss. mit der hereditas erlangt werden sollte, nothwendig eine Uebertragung der her. pet. auf die b. p. stattfinden müssen. — Aber eine Widerlegung dieser Auffassung liegt, glaube ich, schon genügend in der bisherigen Darstellung der aus b. p. und hereditas hervorgehenden Rechtsmittel. Das Int. quor. bon. ist auch eine Universalklage, gerade soweit als dergleichen bei der Durchsetzung des Erbrechtes practisches Bedürfniß ist. Daß der Prätor davon die Einzelklagen absondert, ist etwas durchaus Passendes, und daß man zu der Einforderung der corpora hereditaria noch die persönlichen Einzelklagen aus wirklich practischem Nutzen hinzufügen müsse, das würde, scheint mir, eine den Römern ganz unverständliche Anforderung gewesen sein.

Ferner aber, wenn man die Entstehung der her. pet. possessoria aus diesem Grunde rechtfertigen will, so erscheint die Ausgleichung des Begriffs von b. p. und hereditas als Zweck, die Aufstellung jener Klage als Mittel, und alsdann müßten wir diese nothwendig als ein einzelnes Factum entweder aus einer eigenen Prätorischen Bestimmung oder einem besonderen Kaisergesetz ableiten. Eine derartige Constitution aber ist nirgends zu finden, und wäre sie ja gegeben worden, so würden wir sie gewiß noch im Codex lesen. Ebendeßhalb wurden die Meisten auf den Prätor zurückgedrängt, und versuchten die Klage aus dem Edicte und also auch aus den Schriften der Juristen herauszulesen. Daß aber diese Versuche mißlun-

gen sind, habe ich oben gezeigt. Die her. pet. poss. hat nicht den Zweck, um die völlige Ausgleichung wirklich zu Stande zu bringen, sondern letztere ist vorausgegangen, sie ist die Ursache, daß man gegen Diocletians Zeit hin auch in den Rechtsmitteln keinen Unterschied mehr finden konnte. Es hat also kein Prätor, kein Kaiser jene Klage eingeführt, im Gegentheil bis auf Diocletian bestand noch der formelle Unterschied der Rechtsmittel [6]), seitdem aber fielen auch die äußeren Schranken zwischen den zwei verschiedenen Wegen hinweg, auf denen doch schon, seitdem man die b. p. als ein definitives Erbrecht ansah, heres und b. possessor ganz dasselbe Ziel, nämlich petitorische oder definitive Anerkennung ihres Erbrechts, erreicht hatten.

§. 125. Die bisherige Argumentation stützt sich in allgemeiner Weise auf zwei nicht zu bezweifelnde Punkte: den Untergang des ordo judiciorum, sowie überhaupt der formellen Verschiedenheiten der Rechtsmittel, und die Verschmelzung der Begriffe von hereditas und bonorum possessio. Beides ist, wie wir unbedenklich annehmen dürfen, bis gegen die Zeit Diocletians hin, vor sich gegangen. Rücksichtlich des zweiten Punktes ist nicht die Verschmelzung gemeint, daß überhaupt die b. p. als gleiche Universalsuccession mit der hereditas gegolten hätte [1]), eine solche Universalsuccession war die b. p. von Anfang an, — sondern daß man sie als ein vorherrschend definitives Erbrecht auffaßte, wovon schon in der Zeit der klassischen Juristen die Keime namentlich in den corrigendi juris civ. gr. proponirten Klassen zu finden sind, ohne daß dies aber schon damals zu einer Gesammtanschauung geworden wäre.

Die Beweisführung hat sich jetzt genauer auf die Quellen zu concentriren, und auch aus ihnen die aufgestellte Behauptung zu rechtfertigen. Denn wenn gleich kein Kaisergesetz unser fragliches Rechtsmittel eingeführt hat, wir also danach auch nicht suchen können, so müssen wir doch in den Constitutionen,

6) Wenigstens de jure. Ob man sich auch schon in der letzten Zeit vor Diocletian in der Praxis immer noch darnach gerichtet hat, ist eine andere Frage.

1) Savigny Zeitschrift f. gesch. R. W. V. S. 18.

die direct eine andere Hauptentscheidung enthalten, gelegentliche Aeußerungen antreffen, welche uns die von selbst vorgegangene Rechtsänderung mittheilen. Und dies scheint mir sich in sehr auffallender Weise zeigen zu lassen.

So viel ich weiß, kommt bei den Pandekten-Juristen der Ausdruck vindicare für die Rechtsmittel des bonorum possessor nur in den oben angeführten Stellen vor, welche aber, wie gezeigt worden, so eigenthümliche Fälle betreffen, daß hier der Gebrauch jenes Worts nicht auffallen kann. Im Uebrigen aber konnten die Juristen unmöglich von einer vindicatio des bonor. possessor sprechen, da es ihnen wohl bekannt ist, was eigentlich vindicatio bedeutet, wonach es nur bei speciales in rem actiones und bei der her. petitio ein passender Ausdruck war [2]). Dagegen bei der Klage des Civilerben kommt er sehr oft vor, namentlich seit der Kaiserzeit in den besonderen Fällen der caduca etc.; und so findet sich denn auch in den Kaisergesetzen, die des Diocletian mit eingeschlossen, das Wort vindicatio durchaus gleichbedeutend mit her. pet. gebraucht [3]). Für die Klagen aus der b. p. aber kommt dieser Ausdruck vor Diocletian noch nicht vor. Nur einmal heißt es in einer Constitution von Severus Alexander von der instituirten Tochter einer Mutter, deren Testament sie umgehen und ab intestato die bon. poss. agnosciren wollte: non successionem ab intestato potes vindicare [4]). Aber die Beziehung auf die b. p. ist hier nur scheinbar, indem wenn auch die Tochter dieselbe hatte agnosciren wollen, dies Rescript des Kaisers allgemein auch auf die Geltendmachung ihres Civilerbrechts ex Sto Orphitiano sich bezieht.

Dagegen in den zahlreichen Constitutionen Diocletians tritt

2) Gai. IV. 16. u. 17.

3) s. z. B. l. 3. C. de her. pet. (§. 122. not. 4.) „hereditatem ex alia causa vindicanti" (Severus et Anton.) l. 3. C. de testam. „hereditatem vindicare" (Alexand.), l. 13. C. de collat. (Diocl.), l. 1. C. de Carb. ed. (Dioclet.). l. 8. C. de jure deliber. (Dioclet.) l. 9. C. Comm. de succ. (Dioclet.) l. 12. C. de test. manum. (Dioclet.) (s. ferner z. B. fr. 3 expil. her. „hereditatem jure ordinario vindicare".)

4) l. 3. C. de impub. et al. subst.

die Aenderung der Terminologie auffallend hervor. Hier finden wir eine ganze Reihe von Stellen, wo vindicatio eben so unzweifelhaft von der Geltendmachung der b. p. gebraucht wird, wie derselbe Kaiser das Wort beim Auftreten eines heres anwendet. (s. Note 3.) Und zwar wird hier der Ausdruck vindicare successionem nicht bloß von der Agnition der b. p. selbst verstanden, sondern die Erbittung wird ausdrücklich als etwas Vorausgehendes genommen, der dann die vindicatio successionis nachfolgt, so daß also successio hier das angetretene Erbrecht bedeutet.

1) l. 4. C. qui adm. ad b. p. — Emancipata, si non agnovit intra annum Unde liberi bonorum possessionem, nullam ad heredes vindicationem successionis transmittere potuit.

2) l. 2. C. unde legit. — — Intelligis, sine auxilio bonorum possessionis (d. h. ohne daß du vorher b. p. agnoscirst) ejus te successionem vindicare non posse.

3) l. 2. C. de success. ed. — Si — tu, licet quinto gradu constitutus, ex successorio capite petiisti bonorum possessionem, vel nondum exclusus petas, eorum successionem potes vindicare.

4) l. 5. C. Comm. de succ. — admisisse te bon. poss. probans, eorum vindica successionem.

Andere Stellen desselben Kaisers verbinden das vindicare, statt mit successio, direct mit einem andern das Vermögen bedeutenden Worte:

5) l. 8. C. Comm. de succ. — — Igitur perspicis, quod testamentariae successionis spe durante, intestato bona defuncti non recte vindicentur.

6) l. 8. C. de legit. hered. — Si — adita hereditate vel petita bonorum possessione successisti, eorum substantiam vindicare non prohiberis.

In der letzten Stelle sieht man namentlich noch die vollkommene Gleichstellung der hereditas und bonorum possessio in Beziehung auf die daraus folgende Vindication, und daß damit wahrhaft die hereditatis petitio gemeint sein muß, zeigt folgende Constitution ganz ausdrücklich:

7) l. 9. C. de petit. her. — Si scripti heredes delatam sibi successionem cognati repudiaverunt, et hanc honorario vel civili jure quaesiisti, res hereditarias, quae in eadem causa durant, hereditatis petitione vindicare potes.

Man könnte der Beweiskraft dieser Stelle noch dadurch entgehen wollen, daß man meinte, es sei hier nur von einem Civilerben die Rede, der durch her. aditio oder Agnition der b. p. zur Erbschaft gelangt, und dem nun auch die her. pet. zugesprochen wird, während dies von einem bloß durch den Prätor berufenen Erben nicht gelten könne. Aber einestheils würde dies schon eine sehr gezwungene Interpretation der allgemein lautenden Worte sein, anderntheils widerlegt es sich eben durch alle jene anderen Diocletianschen Stellen, durch die sich gleichmäßig das Wort vindicare hindurchzieht, mag von der Geltendmachung der hereditas oder des lediglich Prätorischen Erbrechts die Rede sein. Aus dieser letzten Stelle sehen wir nur durch den zufälligen Zusatz: hereditatis petitione, daß unter dem Ausdruck vindicare die hereditatis petitio verstanden sein soll, wie dies ja auch von vorn herein nicht anders zu erwarten war. Und danach behält unsere Stelle dieselbe Beweiskraft, mag man auch annehmen, daß der Kaiser an einen Civilerben rescribire, während freilich die sehr viel natürlichere Auffassung ist, daß er es dahin gestellt sein läßt, ob er bloß auf Prätorisches oder auf Civilrecht sich stützt [5]).

5) Es ist noch eine andere Stelle Diocletians anzuführen, in der die hereditatis petitio den Einzelvindicationen, welche sie bekanntlich nicht mit umfaßt, entgegengesetzt wird. Sie zeigt die vollkommene Identität der beiden Ausdrücke hereditatis petitio und successionis vindicatio, und ist also, wenn sie auch gar nicht besonders von der Klage des bonorum possessor spricht, für uns völlig beweisend, da in den vorhin angeführten Stellen die successionis vindicatio dem bonorum possessor so constant zugeschrieben wird. Die Stelle beweist auch ferner, daß man ganz technisch successionis vindicatio durchaus in demselben Umfange wie die her. pet. nahm, so daß man also auch nicht den Gedanken fassen kann, es sei darunter nur im Allgemeinen „petitorische Geltendmachung des Erbrechts", also auch die Vindicationen des Erblassers zu verstehen. Die Worte der l. 4. C. in quib. caus. cessat longi temp.

Jedenfalls aber wird nach den angeführten Stellen zugegeben werden müssen, daß zur Zeit Diocletians dem bon. possessor die her. pet. possessoria zugestanden wurde. Gerade dieser Ausdruck findet sich freilich nicht, und es kommt auch überhaupt wenig darauf an, ob ihn Justinian bei jener Compilirung des Pandektentitels erst gemacht habe oder nicht. Aber die Sache ist in den Vorjustinianeischen Constitutionen bereits vollkommen enthalten. Dies leuchtet auch namentlich noch aus einer anderen Stelle Diocletians hervor, worin klar genug die Auffassung der damaligen Zeit von der gleichmäßigen Geltendmachung des civilen und Prätorischen Erbrechts enthalten ist.

8) l. 14. C. de jure deliberandi. — Si sorori suae frater tuus civili vel honorario successit jure, licet res ex ejus bonis descendentes non probetur tenuisse, heres tamen effectus contra possidentes experiri potest.

Wir haben hier eine Umschreibung der her. pet. gleichmäßig für beide Fälle, daß Jemand civili und honorario jure successit, und auch hier ist es durchaus unwahrscheinlich, daß nur an einen Civilerben gedacht sei. Man sieht offenbar die völlige practische Gleichstellung des civile und honorarium jus, indem sich auf Beides gleichmäßig der Satz: heres tamen effectus bezieht, was durchaus denselben Sinn hat, als die obige Stelle, worin von drei Emancipirten gesagt wird: heredes eos exstitisse. Die Stelle zeigt deutlich genug, daß es nur der Antretung nach Civil- oder Prätorischem Recht bedarf, um definitiver Universalsuccessor, oder, wie man jetzt im weiteren Sinn sagt: heres zu werden, und dann auch mit einem und demselben Rechtsmittel die Erbschaft gegen den Besitzer vor dem praeses verfolgen zu können.

---

pr. lauten nämlich: Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his, qui nec pro herede, nec pro possessore, sed pro emto, vel donato vel alio titulo res, quae hereditariae sunt vel fuerunt, possident, quum ab his successio vindicari non possit, nihil haec juris definitio noceat.

Diese Stellen Diocletians sind wahrscheinlich alle später als das Gesetz vom Jahre 294, wodurch der ordo judiciorum aufgehoben wurde [6]), jedenfalls ist keine derselben vor dem Jahre 294 erlassen. Aber auch wenn das nicht der Fall wäre, so würde die Gleichheit der Terminologie zeigen, daß zwischen dem vindicare hereditatem und der successionis vindicatio ex bon. poss. höchstens noch ein rein formeller Unterschied bestand, der, wenn er überhaupt bei Erlassung einer dieser Constitutionen noch vorhanden und in practischem Gebrauch war, unmöglich einen Unterschied in der Bezeichnung der Erbrechtsklage veranlassen konnte. In der Folgezeit wurde übrigens der Ausdruck vindicare noch in viel allgemeinerem Sinne gebraucht, und so muß man z. B. Stellen des Arcadius [7]) genau von der unter Diocletian gangbaren Terminologie trennen.

Die Entstehung der her. pet. possessoria scheint mir hiermit gerechtfertigt. Sie ist das Erzeugniß einer neuen Zeit, in der sich der b. p. allmählig ein anderer Begriff untergeschoben hat. Wir haben nun noch die Rückwirkungen dieser vindicatio auf die bisherigen Klagen aus der b. p. zu prüfen. Sie ist daraus hervorgegangen, daß weder fictitiae actiones, noch das Int. quor. bon. mehr passend das durchsetzten, was ein bon. possessor von dem praeses jetzt anerkannt wissen will. Sie umfaßt also auch dasselbe, was man mit der her. pet. einklagt, d. h. Einforderung der corpora hereditaria und Einklagung der Schuldner, wobei der Kläger sich auf den Grund stützt, daß er honorario jure successit, und also als Nächstberechtigter, wenn auch kein heres im alten Sinn, doch nicht minder definitiver Universalsuccessor geworden sei. Daneben kann er nun auch noch die dinglichen Einzelklagen des Erblassers geltend machen, welche nach dem Untergang des ordo judiciorum ebenfalls nicht mehr fictitiae actiones genannt werden können, denn wenn auch nach alter Auffassung

6) l. 2. C. de pedan. judic.

7) l. un. Th. C. quor. bon. (s. Bd. I. S. 368. Note 8.)

der bon. possessor nur loco heredis ist, so ist doch die Durchsetzung vor dem praeses ganz dieselbe, als wenn ein wahrer heres diese Klagen anstellt; nur daß man theoretisch einem Prätorischen Erben bloß das in bonis (also die Publiciana actio) zugestand, das erst durch einjährigen Besitz ins Quiritische Eigenthum zu verwandeln war, während dieses der civilrechtliche Erbe gleich von Anfang hatte, ein Unterschied, der sich aber auch schon mehr und mehr zu verwischen begann. Danach ist also von jenen fictitiae actiones, die sich ja auch in der Justinianeischen Compilation nicht finden, schon seit Diocletians Zeit nicht mehr die Rede [8]), es ist Alles zusammengeflossen in den einen Satz, daß, wer nach Civil- oder Prätorischem Recht erbt, nicht bloß die hereditatis petitio, sondern auch die Einzelklagen des Verstorbenen hat [9]).

Ebenso könnte man nun auch meinen, daß das Int. quor. bon. in die allgemeine vindicatio hätte aufgehen müssen, weil ja die Einforderung der corpora hereditaria in dieser vollkommen und petitorisch enthalten war. Wozu nutzt noch ein bloß possessionis quaestionem enthaltendes Verfahren? Wie überhaupt ist ein solches nur denkbar, da das honorario jure succedere jetzt ein definitives Erbrecht geworden ist, also das Rechtsmittel zur Schützung der agnoscirten b. p. nothwendig ein petitorisches sein zu müssen scheint? Ich bleibe die Antwort auf diese Fragen einstweilen schuldig; wir werden ihnen

8) Dies erkennt auch v. Löhr an. Magazin III. 336. Dernburg Gesch. der Röm. Test. S. 258.

9) In l. 9. C. de her. pet. wird noch besonders hervorgehoben, der qui honorario oder civili jure successit, könne her. petitione vindiciren die res hereditarias, quae in eadem causa sunt, d. h. welche noch als res hereditariae, also pro herede oder pro possessore besessen werden, und darin liegt stillschweigend, daß, wenn sie nun aus einem anderen Grund besessen werden (also z. B. bona fide veräußert werden), noch die Singularvindication bis zur Ersitzung vorhanden ist, wie dies l. 7. C. eod. ausdrücklich ausspricht. — Also die Einzelklagen auch des honorario jure Succedirenden bestehen fort, aber man denkt nicht mehr daran, sie noch als besondere fictitiae actiones aufzuführen, eben so wenig als man seine her. pet. eine fictitia vindicatio nennt.

das letzte Kapitel dieses Buchs zu widmen haben. Einstweilen möge hier nur bemerkt werden, daß das Int. quor. bon. in der Kaiserzeit entschieden fortbesteht, und zwar als ein keineswegs unwichtiges Institut, indem wir die Kaisergesetze sich mehrfach mit demselben beschäftigen sehen.

Zweites Kapitel.

Umgestaltung des Begriffs und der einzelnen Klassen der b. p.

§. 126. Wir haben jetzt kennen lernen, wie sich in Beziehung auf die petitorischen Rechtsmittel das civile und Prätorische Erbsystem ausgeglichen haben. Diese Veränderung ist von uns an die Aufhebung des ordo judic. priv. unter Diocletian angeknüpft worden, aber es verdient nochmals hervorgehoben zu werden, daß diese Anknüpfung sehr viel mehr eine äußerliche ist, die nur den unzweifelhaften Endpunkt der Rechtsentwicklung angiebt, als daß sie der eigentliche innere Veranlassungsgrund wäre. Dieser innere Grund besteht vielmehr darin, daß die fortschreitende Zeit mit der b. p. einen anderen Begriff verband, woraus denn von selbst hervorgeht, daß seit die Verschiedenheiten in der formellen Conception der Klagen hinwegfielen, nothwendig die Durchsetzung des civilen und Prätorischen Erbrechts auch äußerlich dieselbe Gestalt gewinnen mußte.

Ganz derselbe Gesichtspunkt scheint mir nun auch bei den Punkten festgehalten werden zu müssen, zu denen wir jetzt übergehen. Wir haben zuerst die Veränderungen kennen zu lernen, welche in den einzelnen Klassen der Erbberechtigung, also in Beziehung auf die Delation vor sich gingen, worauf dann die Umgestaltungen der formellen Agnitionsregeln, also der

Acquisition des prätorischen Erbrechts folgen müssen. Ich glaube der Verlauf der Darstellung wird es zeigen, daß die kaiserlichen Bestimmungen, welche wir in Bezug auf beide Fragen in unseren Quellen finden, es durchaus nicht als Ziel vor Augen haben, den Begriff des prätorischen Erbrechts mit dem des Civilrechts zu verschmelzen. Und nun ist es doch nicht zu läugnen, daß in der Kaiserzeit diese Verschmelzung vor sich gegangen ist, daß man die Agnition der b. p. ganz eben so als definitives Erwerben betrachtete, wie die her. aditio. Wir haben also (und das soll eben die folgende Darstellung rechtfertigen) die Sache gerade umgekehrt aufzufassen. Die Umgestaltung des Begriffs der b. p. lag schon vor, sie ist durch keine einzelne kaiserliche Verfügung oder durch eine Mehrzahl derselben hervorgerufen, sie ist durch die Zeit und die veränderten Verhältnisse von selbst entstanden, mit anderen Worten sie ist eine gewohnheitsrechtliche. Die einzelnen kaiserlichen Verfügungen setzen sie stets voraus, sie beziehen sich bei der materiellen Identität beider Erbrechtsbegriffe, meist nur auf gewisse äußere Schranken und Unterschiede, die noch zwischen ihnen bestanden, und die noch ganz besonders als der Rechtsänderung bedürftig dem Auge auffallen mußten. Manches davon wird eingerissen, aber umgekehrt Vieles geht geradezu darauf aus, die formellen Unterschiede noch aufzubewahren. Die Schriften der klassischen Juristen hatten direct practische Autorität; wenn sie von b. p. sprachen, so verstand man in der späteren Zeit doch etwas Anderes darunter, als die schreibenden Juristen es gemeint hatten; um so lieber aber mußte man einiges Außerordentliche in der Begründung, Erlangung und Geltendmachung des Erbrechts aufrecht halten, damit der Gegensatz, der in den Schriften der klassischen Juristen vorlag, nicht ganz unverständlich werde.

Wenn wir also die Umbildung der b. p. nicht als ein Werk der kaiserlichen Gesetze, sondern die kaiserlichen Gesetze als die nothgedrungene Folge jener Umbildung betrachten, so haben wir doch aber noch genauer, als in der bisherigen Untersuchung über die her. pet. poss. geschehen konnte, anzugeben, was wir unter den veränderten Verhältnissen verstehen, welche als der wahre Grund der ganzen Rechtsände-

rung anzusehen seien. Wir können uns nämlich das im vorigen Kapitel Gesagte noch nicht genügen lassen. Daß man nach dem Verfall der Jurisprudenz den Begriff der b. p. aus ihrer gewöhnlichen Gestalt, namentlich der b. p. cum re, entnahm, war allerdings schon hinreichender Grund, dem b. possessor, der dauernd das Vermögen behalten sollte, eine hereditatis oder successionis vindicatio zuzusprechen. Aber wenn weiter keine Gründe vorlägen, so würden wir die b. p. sine re noch immer als fortbestehend annehmen müssen, wenn gleich jetzt unter dem Charakter von Ausnahmen, während sie früher umgekehrt die eigentliche Grundlage des juristischen Begriffs der b. p. bildete.

Aber es wird sich zeigen, daß die Umgestaltung der b. p. eine viel tiefer eingreifende war, daß die b. p. sine re nicht bloß zu einem Complex von Ausnahmsfällen herabsank, sondern daß sie schon zu Diocletians Zeit völlig untergegangen war. Man verstand unter b. p. ganz ausnahmslos definitives Erbrecht.

Die Beweise für diesen Satz sind, soweit sie hier überhaupt schon mitgetheilt werden können (s. unten §. 147), jetzt sogleich zur Prüfung vorzulegen.

§. 127. Ich habe bisher schon mehrfach Gelegenheit gehabt, hervorzuheben, daß die b. p. ein Complex von Rechtsregeln ist, die der Prätor selbst bei der Regulirung der Erbfälle befolgt [1]), nicht etwa Sätze, deren Ausführung und Beobachtung einem Dritten, einem judex überlassen worden wären. Daraus erklärt sich so mancherlei in der Gestaltung dieser Rechtssätze selbst, sie setzen so häufig ein sehr weitgreifendes freies arbitrium, wie es das des Prätors war, voraus, damit sie erst ihre practische Brauchbarkeit und Leichtigkeit erhielten. Ich meine damit nicht, daß es unvollständige Rechtsregeln waren, weshalb denn das, was im Edicte nicht stand, stets in der Praxis durch die decretalis bon. poss. hätte ausgefüllt werden müssen [2]). Die Art, wie die letztere in den Quellen er-

---

1) Band I. S. XIX. S. 176.

2) So faßt v. Löhr Magazin III. S. 239. die Sache auf.

wähnt wird, deutet nicht auf ein so weit greifendes Gebiet derselben hin, daß mit ihrem Wegfallen die ganze b. p., auch gerade die edictalis, eine andere Gestalt hätte gewinnen müssen.

Es sind vielmehr Rechtsregeln, die, an und für sich vollständig, eine häufige Anwendung der decretalis b. p. gar nicht voraussetzen, die aber stets das directe Eingreifen des Prätors, ihres Urhebers, und nicht in jedem Falle die Anordnung eines besonderen Processes unter einem judex zur stillschweigenden Voraussetzung haben. Es ist dies eine innere Eigenthümlichkeit dieser unserer Lehre, wodurch sie sich von so vielen anderen, auch des Prätorischen Rechts, unterscheidet. Diese Eigenthümlichkeit ist auch dadurch gar nicht verwischt, daß das ganze Prätorische Recht durch Hadrian besonders fixirt wurde, und einen mehr gesetzlichen Charakter annahm [3]). Die Hauptpunkte standen schon ohne das durch Gewohnheitsrecht vollkommen fest, und die innere Eigenthümlichkeit der Rechtssätze der b. p. besteht auch nach Hadrian ebenso wie vorher; sie setzen immer voraus, daß im practischen Leben der Prätor vorhanden war, der als Regulirer der Erbschaftsangelegenheiten ihnen ihren wahren Sinn und ihre rechte practische Durchführung gab. Solchen Zustand haben offenbar die klassischen Juristen auch nach Hadrian vor Augen [4]), und er muß nothwendig angenommen werden, um es recht zu verstehen, wie jene vielen Regeln, wonach b. p. peti non potest, oder wo die b. p. data non intelligitur, gemeint seien, und wie auch da, wo b. p. recte data

3) Auch dies scheint mir v. Löhr a. a. O. S. 335. zu sehr hervorzuheben.

4) Aus ihren Fragmenten ist ja auch im Bisherigen hauptsächlich die Darstellung der hiehergehörigen Punkte entnommen. Ich verweise auf die Entwicklung der bedingenden und vernichtenden Beweise bei den einzelnen Klassen. Bd. I. S. 171. ff. S. 201. ff. S. 391., ferner oben §. 66. 67. 97. 98. 103. — s. auch §. 113. Note 9 a. In der Zeit der ausgebildeten b. p. wollte der Prätor alle die verschiedenartigsten Interessen, welche bei einem Erbfalle auftauchen, berücksichtigen, Niemandem soll sein beneficium captiosum sein. Dazu aber genügten nicht bloß im Edict aufgestellte Regeln, es bedurfte auch in jedem einzelnen Falle einer umsichtigen, von practischem Takte geleiteten Thätigkeit.

rung anzusehen seien. Wir können uns nämlich das im vorigen Kapitel Gesagte noch nicht genügen lassen. Daß man nach dem Verfall der Jurisprudenz den Begriff der b. p. aus ihrer gewöhnlichen Gestalt, namentlich der b. p. cum re, entnahm, war allerdings schon hinreichender Grund, dem b. possessor, der dauernd das Vermögen behalten sollte, eine hereditatis oder successionis vindicatio zuzusprechen. Aber wenn weiter keine Gründe vorlägen, so würden wir die b. p. sine re noch immer als fortbestehend annehmen müssen, wenn gleich jetzt unter dem Charakter von Ausnahmen, während sie früher umgekehrt die eigentliche Grundlage des juristischen Begriffs der b. p. bildete.

Aber es wird sich zeigen, daß die Umgestaltung der b. p. eine viel tiefer eingreifende war, daß die b. p. sine re nicht bloß zu einem Complex von Ausnahmsfällen herabsank, sondern daß sie schon zu Diocletians Zeit völlig untergegangen war. Man verstand unter b. p. ganz ausnahmslos definitives Erbrecht.

Die Beweise für diesen Satz sind, soweit sie hier überhaupt schon mitgetheilt werden können (s. unten §. 147), jetzt sogleich zur Prüfung vorzulegen.

§. 127. Ich habe bisher schon mehrfach Gelegenheit gehabt, hervorzuheben, daß die b. p. ein Complex von Rechtsregeln ist, die der Prätor selbst bei der Regulirung der Erbfälle befolgt [1]), nicht etwa Sätze, deren Ausführung und Beobachtung einem Dritten, einem Judex überlassen worden wären. Daraus erklärt sich so mancherlei in der Gestaltung dieser Rechtssätze selbst, sie setzen so häufig ein sehr weitgreifendes freies arbitrium, wie es das des Prätors war, voraus, damit sie erst ihre practische Brauchbarkeit und Leichtigkeit erhielten. Ich meine damit nicht, daß es unvollständige Rechtsregeln waren, weßhalb denn das, was im Edicte nicht stand, stets in der Praxis durch die decretalis bon. poss. hätte ausgefüllt werden müssen [2]). Die Art, wie die letztere in den Quellen er-

1) Band I. S. XIX. S. 176.

2) So faßt v. Löhr Magazin III. S. 239. die Sache auf.

erwähnt wird, deutet nicht auf ein so weit greifendes Gebiet derselben hin, daß mit ihrem Wegfallen die ganze b. p., auch gerade die edictalis, eine andere Gestalt hätte gewinnen müssen.

Es sind vielmehr Rechtsregeln, die, an und für sich vollständig, eine häufige Anwendung der decretalis b. p. gar nicht voraussetzen, die aber stets das directe Eingreifen des Prätors, ihres Urhebers, und nicht in jedem Falle die Anordnung eines besonderen Processes unter einem judex zur stillschweigenden Voraussetzung haben. Es ist dies eine innere Eigenthümlichkeit dieser unserer Lehre, wodurch sie sich von so vielen anderen, auch des Prätorischen Rechts, unterscheidet. Diese Eigenthümlichkeit ist auch dadurch gar nicht verwischt, daß das ganze Prätorische Recht durch Hadrian besonders fixirt wurde, und einen mehr gesetzlichen Charakter annahm [3]). Die Hauptpunkte standen schon ohne das durch Gewohnheitsrecht vollkommen fest, und die innere Eigenthümlichkeit der Rechtssätze der b. p. besteht auch nach Hadrian ebenso wie vorher; sie setzen immer voraus, daß im practischen Leben der Prätor vorhanden war, der als Regulirer der Erbschaftsangelegenheiten ihnen ihren wahren Sinn und ihre rechte practische Durchführung gab. Solchen Zustand haben offenbar die klassischen Juristen auch nach Hadrian vor Augen [4]), und er muß nothwendig angenommen werden, um es recht zu verstehen, wie jene vielen Regeln, wonach b. p. peti non potest, oder wo die b. p. data non intelligitur, gemeint seien, und wie auch da, wo b. p. recte data

3) Auch dies scheint mir v. Löhr a. a. O. S. 335. zu sehr hervorzuheben.

4) Aus ihren Fragmenten ist ja auch im Bisherigen hauptsächlich die Darstellung der hiehergehörigen Punkte entnommen. Ich verweise auf die Entwicklung der bedingenden und vernichtenden Beweise bei den einzelnen Klassen Bd. I. S. 171. ff. S. 201. ff. S. 391., ferner oben §. 66. 67. 97. 98. 103. — s. auch §. 113. Note 9 a. In der Zeit der ausgebildeten b. p. wollte der Prätor alle die verschiedenartigsten Interessen, welche bei einem Erbfalle auftauchen, berücksichtigen, Niemandem soll sein beneficium captiosum sein. Dazu aber genügten nicht bloß im Edict aufgestellte Regeln, es bedurfte auch in jedem einzelnen Falle einer umsichtigen, von practischem Takte geleiteten Thätigkeit.

nat, noch keineswegs ein definitives Erbrecht, sondern nur ein interimistisches Besitzes- und Verwaltungsrecht der Erbschaft vorliegt, das nur in Folge von Zufälligkeiten oder besondern Ausnahmen zu einem dauernden Behalten der Erbschaft wird (b. p. cum re.)

Kurz gesagt, man muß stets im Auge behalten, daß die Ertheilung der b. possessiones eine Sache des Prätorischen Imperiums ist [5]), und daß ähnlich wie bei den In integr. restitutiones, die practische Durchführung der Edictsregeln in der Hand des Magistrates selbst liegt. Aber freilich zu solcher Handhabung gehört juristischer Takt und ausgebildete Rechtskenntniß, welche wir, so lange die klassischen Juristen vorhanden waren, doch gewiß bei den Prätoren oder wenigstens ihren Assessoren voraussetzen dürfen. Es gehört dazu die freie Stellung, welche der Prätor auch noch in der ersten Kaiserzeit in Bezug auf die Jurisdiction einnahm. So lange eine lebendige Rechtskenntniß und ein practischer Takt in den Juristen und den Leitern der Jurisdiction vorhanden war, so lange der Prätor nicht zu einem gewöhnlichen Beamten und Richter in unserem heutigen Sinn herabgesunken war, konnte und mußte man das civile Erbrecht, wo Alles ohne Zuthun des Magistrats geschieht, von dem Prätorischen, wo das Eingreifen desselben so sehr hervortritt, als zwei genau getrennte Systeme einander gegenüber setzen.

Als aber der juristische Sinn sich immer mehr abstumpfte, als überhaupt die Magistrate zu einer weit untergeordneteren Stellung, zu bloßen Richtern, wurden, da mußte die Thätigkeit der Beamten bei Ertheilung der b. p. eine ganz andere werden. Die Agnition derselben konnte nicht mehr ein Act bleiben, bei dem sogleich der Magistrat mit Berücksichtigung von bedingenden und vernichtenden Beweisen die Sache so einrichtete, daß die Erbschaftsangelegenheit so rasch wie möglich regulirt würde, sie mußte das werden, was man heutzutage so vielfach auch für jene früheren Zeiten angenommen hat, eine bloße Anzeige beim Richter, daß man die Erbschaft antreten wolle. Eine causae cognitio von Seiten des Richters

5) fr. 1. de jurisdict.

kam nicht mehr vor; wenn ihrer Mehre sich zugleich oder nach einander meldeten, so kam es hinterdrein zu einem ganz gewöhnlichen Proceß, der dann nach den Rechtsregeln des Civilrechts und Edicts, wie sie aus den Schriften der Juristen weitläuftig zu ersehen waren, entschieden wurde. Jetzt hieß, wenn z. B. Ulpian von einem Fall geschrieben hatte: b. p. peti non potest, das so viel als: „der Agnoscirende hat kein Erbrecht," und überhaupt alle Sätze der b. p. wie sie in den klassischen Schriften standen, waren, wie die des Civilrechts, gewöhnliche Rechtsregeln geworden, die nicht ein Magistrat nach bestem Ermessen auch ohne Proceß regulirt, sondern denen der Richter, wenn bei ihm ein wahrer Proceß anhängig gemacht wird, untergeordnet ist, und wonach er lediglich das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Erbrechts in diesem Processe zu entscheiden hat.

Es hat sich dies natürlich nicht auf einmal entwickelt, aber solch ein Zustand muß angenommen werden, als im Jahr 339 das Gesetz erlassen wird, daß vor jedem beliebigen Richter, also auch von verschiedenen Personen vor ganz verschiedenen Richtern, die Erklärung, daß man b. p. agnoscire, angebracht werden könne, ein Gesetz, das zur Zeit der klassischen Juristen ebensosehr ein Unsinn gewesen wäre, als es jetzt umgekehrt der sehr natürliche Ausfluß der ganz veränderten Verhältnisse war. Die Verhältnisse haben sich aber nicht erst zwischen Diocletian und Constantius, von dem jenes Gesetz herrührt, geändert. Das was der wahre Grund der Rechtsänderung war, die für die Handhabung solcher Institute wie die b. p. ganz veränderte Stellung der Beamten, bestand schon unter Diocletian; der Zustand also, wie wir ihn unter dem Kaiser Constantius anzunehmen, ist als ein schon zu Diocletians Zeit vollkommen festgestellter zu denken. —

Die Richtigkeit dieser allgemeinen Behauptung läßt sich auch in den einzelnen Theilen des Erbrechts für die Zeit Diocletians nachweisen. Für die Intestatsuccession ist dies aus einem Rescripte des genannten Kaisers zu ersehen, worin das Verhältniß mehrer Klassen der Intestatsuccession auseinandergesetzt wird, dies aber ganz von dem Gesichtspunkte des Erbschaftsprocesses aus, welcher jetzt, wo die Agnition

der b. p. eine reine Form geworden war, ganz allein hervortreten mußte. Es kommt lediglich darauf an, ob nach den Rechtsregeln der mit der her. pet. Belangte ein besseres Erbrecht als der Kläger hat oder nicht. Im letzteren Falle siegt dieser, sobald er nur nebenbei auch noch die Formalität beweist, daß er zur rechten Zeit b. p. agnoscirt habe [6]). Der, an welchen dies Rescript erlassen ist, wird als Kläger im Erbschaftsproceß vorausgesetzt, und doch wird von ihm angenommen, er habe b. p. agnoscirt. Nach dem Rechte der classischen Juristen läge hier eine b. p. sine re vor. Da die b. p. vom Kläger als agnoscirt vorausgesetzt wird, so könnte sie von den ihm vorgehenden consanguinei nicht erbeten sein, deshalb würde nun erst ihr Gegner den Besitz bekommen, und die consanguinei müßten mit der her. pet. auftreten, wobei dann weiter untersucht würde, ob sie in der That consanguinei seien oder nicht; in ersterem Fall würde die b. p. sine re sein [7]).

Von allem diesen ist jetzt, wie wir aus jenem Rescript sehen, zu Diocletians Zeit nicht mehr die Rede. Die Agnition der b. p. ist nicht mehr ein Mittel, um, wenngleich sie sine re werden würde, vorerst auch gegen den heres das Int. quor. bon. anzustellen und tanquam heres distrahere hereditatem [8]), sie ist ebenso wie die her. aditio nichts als eine besondere Art

6) l. 5. C. Comm. de succ. — Amitae, cui successisse filios suos proponis, hereditatem tuo nomine non recte petis. Sed quoniam hos etiam intestatos diem functos asseveras, siquidem hi, quos privignos ejusdem amitae dicis, eorum consanguinei fuerint, fratres tam agnationis (Civilrecht) quam cognationis jure (bon. poss.) secundo gradu constitutos tibi praeferri, (im Erbschaftsproceß), non ambigitur. Nam si, amitinis tuis alio etiam patre natis, nunquam eorum matris privigni sunt (Cujacius vermuthet für nunquam: non consanguinei), admisisse te bonorum possessionem probans, eorum vindica successionem.

7) Gai. III. 37. — Et illud convenienter dicetur, si ad agnatum jure civili pertinet hereditas, et hic adierit hereditatem, sed b. possessionem petere noluerit, etsi quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem.

8) Gai. IV. 144. fr. 23. de her. inst.

der Erbantretung, der dann gegen andere Erbprätendenten die her. pet. folgen muß. Man siegt mit dieser wenn man nächstes Erbrecht (oder wie die Röm. Juristen sich ausdrückten b. p. cum re) hat. Die b. p. sine re ist nichts anderes mehr, als wie wenn Jemand, der nicht heres ist, die her. aditio vornimmt, d. h. eine ganz bedeutungslose Handlung [9]), und so erklärt es sich, daß der Ausdruck in dieser späteren Zeit gar nicht mehr vorkommt [9a]).

Ganz dasselbe, was hier von der Intestatsuccession gesagt ist, gilt ebenso auch von der testamentarischen. Die b. p. sec. tab. war beim non jure fact. test. durch jenes oben besprochene Rescript des Mark Aurel für cum re, den Intestaterben gegenüber, erklärt worden; es entwickelte sich daraus, wie wir alsbald sehen werden, eine eigene Testamentsform, welche sich als Prätorisches neben das Mancipationstestament stellte. Durch beide gelangte man dauernd zur Erbschaft. Jene ganze Wahrscheinlichkeitsrechnung des Prätors, wonach er hauptsächlich dem in einem gültigen Civiltestamente Eingesetzten zum Besitz des Vermögens verhelfen wollte, fiel damit hinweg. Die Agnition der sec. tab. b. p. ist nichts mehr als die Erbantretung aus dem Prätorischen Testament, die, sobald es nur ein gültiges Prätorisches Testament ist, definitives Erbrecht begründet, und mit der successionis vindicatio verfolgt werden kann. Ein Prätorisch gültiges Testament ist aber da vorhanden, wo nach früherer Ausdrucksweise die b. p. cum re war. Alle übrigen Fälle dagegen (wobei früher die b. p. quae data non intelligitur und die b. p. sine re unterschieden wurde), haben jetzt nur den Sinn, daß der b. possessor trotz seiner

9) Sie ist also mit dem Begriff der b. p. quae data non intelligitur völlig zusammengefallen.

9a) Nur einmal kommt bei Diocletian der Ausdruck b. p. cum re vor l. 25. C. de inoff. test., aber schon in dem den Juristen fremden Sinn für „eine gültige b. p." Denn bei Potestativbedingungen, wie die in dieser Stelle erwähnte, wurde vor Erfüllung derselben gar keine b. p. sec. tab. ertheilt. fr. 23. §. 1. de her. instit. Puchta Pandekten §. 457. S. 637. Der Basilikenscholiast (Heimb. IV. p. 36.) übersetzt es deßhalb auch ganz richtig mit ἐνδυνάμως.

zeigen sie auch hier, daß die b. p. damals durchaus noch nicht den Begriff des definitiven Erbewerbens in sich als nothwendiges Requisit aufgenommen hatte.

Wenn aber die b. p. schon unter Diocletian das geworden war, was ich vorher ausgeführt habe, so mußte sich nothwendig auch die Redeweise ändern, und das ist denn auch sehr klar zu erkennen. Aus den Constitutionen vor Diocletian ist wenig von dem Uebergange der Terminologie zu bemerken, weil wir deren verhältnißmäßig nur wenige haben. Was wir hier finden, schließt sich mehr noch an die frühere Anschauungsweise 4). Aber in der großen Zahl der Constitutionen von Diocletian und Maximian tritt die Umgestaltung unverkennbar hervor.

Als der dritte Ausdruck, welcher definitives Erbrecht bedeutete, und so gleichmäßig die hereditas und bon. possessio in ihrer jetzigen Bedeutung umfaßte, lag wohl keiner näher, als das Wort successio. Die frühere Sprache kannte es ja schon genügend 4a); aber als technische Bezeichnung des einzig jetzt vorhandenen Erbrechtsbegriffes tritt es erst unter Diocletian hervor. Dies beweisen schon die oben citirten Stellen, worin successionis vindicatio gleichmäßig die Erbrechtsklage des heres und bon. possessor bezeichnet.

Folgende Stellen Diocletians sind nun noch hinzuzufügen.

1) l. 3. C. unde legit. — Nepotibus avi materni pro virili portione etiam jure honorario successio defertur.

2) l. 4. C. de legit. her. — Si aut nullum testamentum nepos patrui tui ordinavit, aut intra quatuordecim

4) l. 1. C. de legit. her. (Alexander. 228.) l. 3. C. de jure del. (Gordian. 241.) l. 6. C. de legit. her. (Decius. 250.) — l. 5. C. de jure del. (v. Valerian und Gallien. 257.) ist schon der Diocletianschen Redeweise näherstehend.

4a) s. z. B. fr. 40. pr. de legat. III. fr. 1. §. 17. si quadrupes. Von großem Interesse ist fr. 1. §. 4. de munerib. et honorib. (von Hermogenian), worin das civili vel honorario jure succedere ganz im Sinne der späteren Kaiserzeit gebraucht wird, als das definitive Erbewerben im Gegensatz von bloß interimistischen Besitzesverhältnissen, wie die missio ventris nomine oder die b. p. Carboniana, bei denen ein curator bonorum vorkommen kann.

annos constitutus fecit, et agnationis jure successio ejus tibi delata est, etiam citra honorum possessionis subsidium legitimo jure subnixus es.

3) l. 13. C. de jure delib. — Suum heredem omissa bonorum possessione patrernam successionem obtinere potuisse, certi juris es.

4) l. 8. C. de suis et legit. — Apud hostes patre defuncto, filia communis vobis, quo casu mortis scientia non postulatur, heres exstitit sua, et ad te transmisit successionem.

5) l. 14. C. de jure delib. — Si sorori suae frater tuus civili vel honorario successit jure, — — heres tamen effectus, contra possidentes experiri potest.

6) l. 2. C. Quor. bon. — Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, recte petita bonorum possessione, quaesisti successionem etc.

7) l. 3. C. Commun. de succ. — Vitrico privigni successionem intestati civili vel honorario jure non deberi, certissimum est.

8) l. 10. C. eod. — Nutritoribus hoc nomine nec civili nec honorario jure defertur hereditas.

Wir sehen also das Wort successio in allen möglichen Verbindungen gebraucht: successionem vindicare, successio delata, successionem obtinere, quaerere, transmittere, wir finden diese successio entweder auf das Civilrecht oder das Prätorische gestützt, und in beiden Fällen gleichmäßig die Erklärung hinzugefügt, daß der Succedirende heres exstitit (Nr. 4.) oder heres effectus est (Nr. 5.), wir sehen sogar geradezu, daß hereditas jure honorario defertur. — Ich glaube diese Stellen, im Vereine mit den bei der her. pet. possessoria angeführten, genügen um zu zeigen, daß successio jetzt so viel ist, wie der einzige Begriff des definitiven Erbrechts [5], der ganz gleichmäßig aus dem jus civile und honorarium hervorgeht.

5) Recht bezeichnend wird dieser Begriff des Definitiven ausgedrückt von Constantius in l. 7. C. qui admitti: — tunc enim evolu-

II. Hiermit hängen nun die anderen Stellen zusammen, worin von der Erbantretung die Rede ist, und stets die civile und Prätorische als offenbar bloß verschiedene Formen zur Erlangung eines und desselben Rechtes zusammengestellt werden. Die Römischen Juristen konnten sich das in dieser Vereinigung noch gar nicht so denken, da sie kein gemeinsames, die hereditas und die b. p. cum re bezeichnendes Wort haben. Sie unterscheiden so: um heres zu werden (ut heredes fiant), muß man entweder cernere oder pro herede gerere [6]; außerdem kann man aber noch b. possessionem agnoscere, wodurch man nicht heres fit, sondern nur heredis loco constituitur, und worin denn auch noch nicht immer liegt, daß man eum effectu bona retineat [7].

Jenes Erstere (ut heredes fiant) nennen sie hereditatis aditio [8], und es ist wohl zu bemerken, daß sie das so abtheilen, wie vorher angegeben ist, in die solenne her. ad. (die cretio) und die formlose, welche allgemein pro herede gestio heißt, aber dann noch wieder in die Antretung durch Handlungen und durch formlose Willenserklärung zerfällt. Die letztere, welche erst nach Labeo's Zeit als genügende Erbantretung anerkannt, und allgemein mit unter den Ausdruck pro herede gestio gestellt wurde, erwähnt Ulpian gar nicht [9]. Gaius spricht an einer Stelle allerdings davon, aber durch die Entgegensetzung von aut — aut deutet er die eigentlich gebräuchliche Bezeichnung an, woran dann nur noch durch ein vel als Nebenpunkt die nuda voluntas angeknüpft wird [10], und so setzt er

mentum successionis videtur, praetorio jure quaesitum esse, ähnlich wie für einen besonderen Fall sich schon L. 1. C. eod. (von Severus) ausdrückt. s. auch fr. un. pr. si pendente appell. mors interv.

6) Ulp. XXII. 5. 25. 26. Gai. II. 16. sq.

7) Ulp. XXVIII. 10—13.

8) Dies bemerkt schon v. Löhr, Magaz. III. S. 344. Note 1. Die simplex her. ad. dagegen scheint er mir nicht richtig zu bestimmen.

9) Ulp. XXII. 25. Extraneus heres si quidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres, si vero sine cretione, pro herede gerendo. 26. Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur etc.

10) Gai. II. 167. potest aut cernendo, aut pro herede gerendo

denn an einer anderen Stelle (II. 176.) auch nur das pro herede gerere dem cernere gegenüber.

Diese Terminologie befolgen auch noch die Kaiserconstitutionen. Sie unterscheiden bei der civilrechtlichen Antretung (hereditatis aditio) gleichmäßig immer nur die cretio und pro herede gestio, der letzteren wird die Willenserklärung, die für den heres in der Agnition der b. p. liegt, zugerechnet[11]), und Constantin[12]) nennt diese pro herede gestio, im Gegensatz zur solennen cretio, die simplex aditio, wobei er noch genau unterscheidet: die Erwerbung arrepto rerum quolibet corpore (oder wie Ulpian sagt: qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur) und animi destinatione facta (oder wie Gaius sagt: nuda voluntate suscipiendae hereditatis).

Während also in Bezug auf die Bedeutung von hereditatis aditio, und ihre Eintheilung in cretio und pro herede gestio die Kaiserzeit noch ganz den klassischen Juristen folgt, so findet sich dagegen der große Unterschied, daß mit dieser hereditatis aditio (mag man ihre zwei Arten besonders anführen oder nicht) stets die bonorum possessionis agnitio als ganz gleichartig beigeordnet wird, als offenbar bloß verschiedene Formen zur Erwerbung jenes einzigen jetzt vorhandenen Erbrechtes, der successio.

Dies zeigen folgende Stellen: Diocletians

9) Consultatio veteris JCti (Bonner Ausg. S. 402.) — Manifesti atque evidentis juris est, antequam cerneret vel pro herede gereret, vel bonorum possessionem accepisset, vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri.

Es wird nachher erwiesen werden, daß man in früherer Zeit zur Erbantretung, wenn nicht die Form der cretio eintrat, doch wenigstens die factische Einmischung für nöthig hielt, um daraus zu ersehen, ob die Willenserklärung eine ernstliche war, und daß man dann erst später und zwar, wie im Text angegeben ist, erst nach Labeo die nuda voluntas suscipiendae hereditatis der pro herede gestio gleichsetzte, und mit unter demselben Worte begriff.

11) l. 12. C. de jure del. (Dioclet.). — Puberum agnoscentem bonorum possessionem, posteaquam ei fuit hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur.

12) l. 1. Th. C. de legit. her. (V. 1.)

sessionem peteret defuncta, successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere 13).

10) l. 4. C. unde legit. — Non hoc, an tenuerit quis res hereditarias, nec ne, sine voluntate acquirendae sibi hereditatis, quaerendum est, sed an admisit hereditatem vel bonorum possessionem 14).

11) l. 8. C. de legit. her. — Si his, de quorum successione agitur, apud hostes defunctis secundum legis Corneliae beneficium jure agnationis adita hereditate vel petita bonorum possessione successisti, eorum substantiam vindicare non prohiberis.

12) l. 2. C. Comm. de succ. — Si pater tuus propinquo suo agnato constituto et intestato defuncto, civili jure adita hereditate, vel hoc ab initio non interveniente, seu capitis diminutione perempto, ab praetore bonorum possessione admissa, successit, ac tibi patris tui quaesita hereditas est, adire praesidem provinciae debes, ac tutorem ejus de tutela convenire.

§. 129. Nach dieser Entwicklung des schon unter Diocletian vollkommen feststehenden Begriffs der successio, liegt es mir ob, die Umgestaltungen der einzelnen Erbklassen, soweit die successio daraus berührt wird, nachzuweisen. Es theilt sich dies unter die drei Rubriken des Notherbenrechtes, der testamentarischen Succession, und des Intestaterbrechts. Bei der ersten und letzten derselben kann ich sehr kurz sein, bei der ersten, weil dabei nichts Wesentliches in der späteren Kaiserzeit verändert worden ist, bei der letzten, weil ich wohl ohne Tadel zu befürchten, ausscheiden darf, was für

---

13) Im Justinianeischen Codex (l. 7. de jure del.) fehlen die Worte cerneret vel.

14) Hereditas ist hier offenbar in doppelter Bedeutung genommen. Das letztemal für Civilerbrecht, vorher aber in dem gemeinsamen Sinn, wonach es Civil- und Prätorisches Recht umfaßt, also gleichbedeutend mit dem gewöhnlicheren Wort successio, in welchem Sinn wir heres und hereditas schon in Nr. 6. u. 8. gebraucht gefunden haben.

den Gang der Untersuchung nicht nothwendig ist, und dessen Darstellung, ohne weitere Frucht darzubieten, viel Raum erfordern würde. Die Entwicklung des gesammten Intestaterbrechts bis auf Justinian (worin sich bon. poss. und hereditas nicht mehr trennen lassen würde), wird man in diesem Werke wohl schon von vorn herein nicht erwarten. — Nur bei der testamentarischen Succession werden wir etwas länger verweilen müssen, da hier die Entwicklung des Prätorischen Testaments sich so eng an die bisher schon gegebenen Untersuchungen über die b. p. sec. tab. anknüpft, daß diese selbst erst durch die Feststellung des Endpunktes, zu dem man gelangte, ihre volle Sicherheit gewinnen können.

I. Im *Notherbenrecht* war in der Kaiserzeit neben dem *formellen* Recht der sui, das, wie wir gesehen haben, durch die contra tab. b. p. weiter ausgedehnt wurde, das viel weiter greifende *materielle* Pflichttheils- und Inofficiositätsrecht in fortwährendem Gebrauch. Beide auf so verschiedenen Grundlagen (jenes auf agnatischem, dieses auf cognatischem Recht) aufgebauten Systeme des Notherbenrechts erkennen sich auch nebeneinander in demselben Falle so viel als möglich an, was wir aus der Bestimmung der c. t. b. p. ersehen haben, daß die den parentes et liberi ausgeschriebenen Vermächtnisse und Institutionen bestehen bleiben.

Dies Nebeneinanderbestehen des formellen und materiellen Notherbenrechts setzen auch die Kaiser voraus, und namentlich Ersteres hat bis auf Justinians L. 4. C. de lib. praeter. seine Gestalt nicht verändert.

Interessant ist hier die Darstellung *Valentinians* III. 1):

> Ne tamen hoc testamenti genus plus justo munisse credamur, si quis sibi vel *inofficiosi querelam* vel *praeteriti* competere dixerit actionem, hanc utramque secundum juris et legum statuta servamus.

Unter der praeteriti actio ist offenbar das formelle Civilnotherbenrecht und die contra tab. b. p. gemeint, und wir sehen daraus wieder die völlige Identität, unter die man die here-

1) Nov. Valent. III. de testam. XX. 1. §. 6.

ditas und b. p. stellte. Die her. petitio ab intestato und die aus der c. t. b. p. erscheinen völlig als eine einzige actio praeteriti, denn die Verschiedenheit in Bezug auf die Erbantretung (daß der fil. jam natus und der postumus vor der Klage eine her. aditio, die ceterae liberorum personae und die emancipati eine agnitio bonorum possessionis vorzunehmen haben) ist natürlich nicht von der Bedeutung, daß man nicht doch die Klage ganz und gar als eine einzige sollte auffassen können.

§. 130. II. Die testamentarische Succession.

Wir haben im vierten Kapitel des zweiten Buchs die Geschichte der Römischen Testamente und der sec. tab. b. p. bis zu dem wichtigen Rescript des Mark Aurel geführt. Es beginnt mit diesem eine neue Periode ganz anderer Art, und ganz anderen Charakters, als den wir für die frühere Zeit in dem ersten Bande ausgeführt haben. Vieles aus dieser neuen Periode kann ich nach Savignys Abhandlung über diesen Gegenstand [1]) als feststehend voraussetzen, indeß vermag vielleicht die folgende Darstellung noch manchen nicht unwichtigen Punkt in ein klareres Licht zu setzen.

Gleich in Beziehung auf den Anfangspunkt, von dem Savigny ausgeht — daß es nämlich schon zur Zeit der Republik ein civiles und Prätorisches schriftliches Testament gegeben habe — ist nach unseren früheren Untersuchungen die Anknüpfung dieser neuen Periode an die frühere anders zu denken.

Es gab, das setzen wir hier voraus, vor Mark Aurel ein *einziges* Testament, das Mancipationstestament. Dies konnte *schriftlich* oder (was aber seltener vorkam) *mündlich* (testamentum nuncupativum) errichtet werden. In beiden Fällen gab dann auch der Prätor darnach eine b. p. (secundum tabulas und secundum nuncupationem), welche, auf Wahrscheinlichkeitsrechnungen gebaut, darauf berechnet war, dem ver-

1) Zeitschr. f. gesch. R. W. I. S. 78. ff. *Dernburg* Gesch. d. R. Test. S. 250 führt, *Savigny* widersprechend, eine Ansicht voll der gewagtesten Combinationen aus, die eine Vergleichung mit den hier ziemlich einfachen und übereinstimmenden Quellenzeugnissen nicht aushält.

muthlich auch nach Civilrecht gültig eingesetzten Erben, rasch dem Besitz des Vermögens zu verleihen. Nur an die eine dieser b. possessiones, nämlich die secundum tabulas, hatte außerdem der Prätor den Satz geknüpft, daß wenn sich auch das Testament nach Civilrecht als formell ungültig erwies, der Eingesetzte, falls keine legitimi heredes vorhanden seien, das Vermögen behalten, also den Cognaten und Ehegatten vorgehen solle. Mark Aurel dehnte dies aus, so daß der Eingesetzte nun auch den legitimi durch doli exceptio vorging [2]).

Welche Folgen mußte, das fragen wir nun, diese letztere Bestimmung hervorrufen?

Von vorn herein leuchtet das ein, daß das civilrechtliche schriftliche Mancipationstestament, so wie das testamentum nuncupativum und die hieraus zu erbittende b. p. davon gar nicht afficirt werden. Ob mit der Zeit hierin nun doch Veränderungen eingetreten seien, darauf werden wir nachher wieder zurückkommen.

1) Sehen wir erst auf jene b. p. sec. tab. aus dem schriftlichen Mancipationstestament, worauf sich Mark Aurels Rescript allein bezieht, genauer ein. Bisher war diese b. p., ebenso wie die secundum nuncupationem aus einem nuncupativen Testament, lediglich eine eigenthümliche Folge, ein annexum des schriftlichen Civiltestaments gewesen, deren sich der scriptus heres gern um der besonderen Vortheile der Int. quor. bon. willen bediente. Von einem selbständigen Gegenüberstehen dieser b. p. und des civilen Testaments konnte ebensowenig die Rede sein, als dies beim nuncupativen der Fall war. Es war nur eben der Keim der ganzen Rechtsänderung bereits vorhanden, daß nämlich, wenn es auch kein formell gültiges Civiltestament war, es doch wenigstens, ebenso wie das irritum und ruptum testamentum, den Prätorischen Intestaterben vorgehen sollte. Bisher hatte das immer nur den Charakter der Ausnahme, die selten vorgekommen sein mag,

2) Die anderen beiden Fälle des ruptum und irritum testamentum, welche wir oben noch neben dem non jure factum haben kennen lernen, habe ich hier nicht weiter in die Untersuchung hineinzuziehen. Es wird davon noch wieder im Justinianeischen Rechte die Rede sein.

denn es war doch das Interesse der Testatoren selbst, wenn sie einmal ein Testament machten, nun auch ein vollkommen gültiges, wodurch auch die Agnaten ausgeschlossen würden, zu errichten; nur wenn ausnahmsweise einmal aus Versehen die Formalitäten der fam. manc. und nuncupatio testamenti ausgeschlossen oder fehlerhaft vorgenommen waren, kann man sich vor Mark Aurel das Eintreten jenes Aushülfssatzes denken. Seitdem aber gewinnt die Sache offenbar eine ganz andere Gestalt, die Ausnahme wird zur Regel. Bei einem Testamente ist ja das doch jedenfalls die Hauptsache, daß der scriptus allen Intestaterben vorgehe, eine Urkunde also, welche die Kraft hat, dem darin Eingesetzten gegen jene sowohl Klage als exceptio zu gewähren, kann ebensosehr im natürlichen Sinn ein Testament genannt werden, als wir den einen Eigenthümer nennen dürfen, der im Haben einer Sache dauernd durch Klage und Einrede geschützt ist, auch wenn es ein dem Civilrecht und dem dominium ex jure Quiritium ganz unbekanntes Verhältniß ist.

Die b. p. sec. tab. ist jetzt nicht mehr ein reines annexum des schriftlichen Civiltestaments, sie ist etwas Selbständiges geworden, welches, auf eigenthümlichen Voraussetzungen ruhend, seinen ganz eigenen Rechtsschutz hat. Ebensogut wie man das in bonis als natürliches Eigenthum auffassen konnte, so durfte man jetzt die Urkunde, woraus b. p. erbeten wird, ein Testament nennen, und zwar zum Unterschiede vom Mancipationstestament sehr natürlicher Weise das Prätorische.

Wir können die Entstehung dieser Terminologie glücklicherweise noch ganz genau nachweisen. In den Pandekten ist, wie ich im ersten Bande bemerkte, von einem testamentum praetorium oder praetorio jure factum noch gar nicht die Rede; und in Gaius und Ulpian wird ebenfalls nur von dem Mancipationstestament, als dem einzig bestehenden gesprochen; das, was man später das Prätorische Testament nannte, hat noch immer die technische Bezeichnung testamentum non jure factum oder imperfectum; worin doch klar genug liegt, daß man dasselbe als etwas Ausnahmsweises, eigentlich Ungültiges, betrachtete, daß man es noch durchaus nicht

als eine selbständige Regel über ein zweites vollkommen gültiges Testament betrachtete.

Dies Festhalten der klassischen Juristen an der früheren Terminologie auch nach Mark Aurels Rescript trägt aber seine natürliche Erklärung schon in sich.

Das Rescript ist ja gar nicht auf Einführung eines neuen Testaments gerichtet, es dehnt nur den bisher schon beim non jure factum, irritum und ruptum testamentum bestehenden Schutz gegen die Cognaten, in ersterem Falle auch gegen die legitimi aus. In sich selbst ist es nur die Erweiterung einer schon vorhandenen Ausnahme; daß man eine allgemeine Regel darin fand, dazu mußte sich die Rechtsänderung erst gehörig ins Volk eingelebt haben.

Bisher hatte man doch die Vornahme der familiae mancipatio und die Aussprechung der nuncupationis verba als nothwendiges Requisit bei Errichtung eines Testaments betrachten müssen, jetzt hatte eine Urkunde auch ohne das Kraft gegen die Intestaterben, sobald sie nur von 7 Zeugen besiegelt worden war, aber daß man das nun als eigene ganz selbständige Testamentsform auffaßte, dazu mußte die Sache erst längere Zeit in der Praxis zur Ausübung gekommen sein, es mußte erst im Leben eine gewisse Häufigkeit der nach der Mark-Aurelschen Verordnung sich richtenden Testamentserrichtungen vorkommen. Erst als der Zahl nach ungefähr gleich viel Testamente nach der neuen Regel und nach der alten Ordnung im Leben errichtet wurden, konnte sich das Bewußtsein entwickeln, daß hier wirklich eine neue selbständige Testamentsform vorläge. Außerdem aber mußte, um noch eines besonderen Grundes willen, es offenbar schwieriger sein, und also länger dauern, bis sich dies Bewußtsein vollkommen feststellte, da es der Consequenz eines juristischen Princips, welches den Römischen Juristen sehr klar vor Augen stand, entgegentrat, und dies erst zu überwinden hatte. Ich meine Folgendes.

So lange für das non jure factum testamentum nur der Prätorische Satz bestand, daß der darin Eingesetzte den Cognaten und Ehegatten vorgehen solle, war der demselben gewährte Schutz sehr einfach dadurch erlangt, daß eben keine b. p. unde cognati und unde vir et uxor mehr ertheilt wurde, also der

scriptus das Vermögen behielt, wenn die Civilintestaterben es ihm nicht abforderten. Das Schutzmittel nun aber, welches ihm seit Mark Aurel gegen diese Letzteren gegeben wurde, war die Ertheilung einer doli exceptio oder umgekehrt die Verweigerung derselben, jenachdem der Eine oder der Andere klagend auftrat. Das Testament wird also gar nicht für ein vollkommen gültiges erklärt, an die Einführung einer neuen eigenen Form wird gar nicht gedacht, das Testament ist vielmehr ipso jure vollkommen ungültig, nur per exceptionem wird es aufrecht erhalten.

Es gehörte Zeit dazu, es erforderte ein tiefes Festwurzeln im praktischen Leben, ehe so etwas bei den Römern sich vollkommen umwerfen, und man das Testament als ein völlig (ipso jure) gültiges, dem Mancipationstestamente ganz gleichartiges beiordnen konnte. Ich glaube nicht zu viel zu sagen, daß erst unter Diocletian die alten Formen in der Klagenconception verschwinden, und das civile und Prätorische Recht sich erst in den Begriff der successio verschmelzen mußte, ehe dieses Endresultat zum klaren Bewußtsein kommen konnte.

Die Quellenzeugnisse sind denn auch mit dieser Annahme vollkommen im Einklang. Die erste Stelle nämlich, in der wir den Keim zu der weiteren Fortbildung erblicken, ist die von Paulus in der Collatio XVI. c. 3. §. 1.:

> Intestati dicuntur, qui testamentum facere non possunt, vel ipsi linum, ut intestati decederent, abruperant: vel hi, quorum hereditas repudiata est, cujusve conditio defecerit. Sane jure praetorio factum testamentum objecta [3]) doli exceptione optinebit.

Das, wodurch sich diese Stelle von der Redeweise des Gaius unterscheidet, ist, daß für non jure factum testamen-

3) Daß so statt abjecta zu lesen sei, haben schon Viele vermuthet. S. d. Blumesche Ausgabe zu dieser Stelle, ferner Fabricius d. p. S. 145. Note 168. Lachmann Versuch über Dosith. auf der letzten Seite. Daß aber sonst der Satz nicht mit Lachmann verändert zu werden braucht (sive jure praetorio facto testamento objecta doli exceptione optinebitur), wird die im Text gegebene Erklärung rechtfertigen.

tum hier geradezu jure praetorio factum gesetzt wird. Zwischen beiden bildet Ulpian den Uebergang, der nur den Prätorischen Rechtssatz angiebt, ohne das Rescript zu erwähnen, und den einen oder den anderen Ausdruck zu gebrauchen [4]). Aber es ist gar kein Grund vorhanden, daß nicht auch Gaius und Ulpian schon ganz so wie Paulus hätten sprechen können, das Rescript, worauf das Ganze sich stützt, war ja schon vorhanden. Sie scheinen es nur eben nicht gethan zu haben, aus dem Grunde, den ich vorher angab. Die Sache mußte erst im Leben mehr Wurzel fassen, bis dahin blieb man noch immer auf dem bisherigen Standpunkt des Civilrechts stehen, und nannte das Testament ein jure civili ungültiges (non jure factum); ebensogut aber konnte man denn auch bald es ein jure Praetorio gültiges nennen [5]). Und darin liegt, daß man jetzt anfing, es als eine selbständige Testamentsform dem Mancipationstestamente gegenüber zu stellen. Im Uebrigen aber stimmt Paulus noch ganz mit der Darstellung von Gaius überein, er hebt ausdrücklich hervor, daß es nur jure exceptionis aufrecht erhalten werde, und wie er überhaupt das Ganze auffaßt, zeigt der Zusammenhang, in dem es vorgetragen wird. Er spricht von der Intestatsuccession, welche eintrete, wenn Jemand gar kein oder ein ungültiges Testament hinterlasse. Von Letzterem werden mehre Beispiele angegeben, und sehr bezeichnend wird nun mit sane (allerdings, freilich) die Ausnahme daran geknüpft, so daß der Sinn offenbar ist, es trete auch hier eigentlich (ipso jure) Intestatsuccession ein, die aber durch doli exceptio doch wieder elidirt werde.

Ganz anders lauten nun aber die Stellen der späteren Zeit, welche schon Savigny a. a. O. ausführlich gesammelt hat. Es wird ausdrücklich hier das civile und Prätorische

---

4) Ulp. XXIII. 6. Vielleicht sprach er hinterdrein von dem Rescript, und diese Worte sind nur verloren gegangen.

5) Die Ausdrücke der Römischen Juristen bei Gelegenheit des irritum testamentum: „non enim de jure testamenti maxime quaeritur" (§. 107), ferner „nam et testamentum valet." (§. 110), endlich das „utroque jure valebit tam civili quam praetorio" (§. 106 Note 3.) — sagen ja schon fast ganz dasselbe. s. auch fr. 14. de testib.

Testament als etwas ganz Gleichartiges zusammengestellt [6], ganz ebenso wie in jenen Stellen Diocletians, die wir haben kennen lernen, überhaupt das jus civile und praetorium als die Quellen, aus denen **hereditas** (oder **successio**) **defertur**, erscheinen. Man sieht also auch in der testamentarischen Succession, daß ein einziger Begriff des Erbrechts vorliegt, welches freilich auf verschiedenen Formen der Testamente beruhen, eben so gut wie es durch verschiedene Acquisitionsformen erworben werden kann, welches aber darum doch materiell sich eben so wenig unterscheiden läßt, wie dies nach jener Valentinianschen Stelle bei dem civilen und Prätorischen Notherbenrecht der Fall ist. Es ist nicht daran zu denken, daß bei den in Note 6. citirten Stellen man das testamentum juris praetorii noch ein testamentum ipso jure nullum und nur ope exceptionis gültiges nennen könnte, es wurzelt im Rechtsleben gerade eben so fest und mit derselben Kraft als das civile, es ist zwischen Beiden gerade derselbe Unterschied, wie wir heute etwa ein privates und ein richterliches Testament unterscheiden [7].

Zwischen Paulus, der nur noch den Exceptionsschutz kennt, und Valentinian III. liegt diese Umgestaltung des Prätorischen Testamentes, und es wird also wohl nach den obigen Ausführungen bei weitem das Natürlichste sein, wenn wir sie mit der allgemeinen Umgestaltung des Begriffs der b. p. zusammenfallen lassen, d. h. ungefähr in die Zeit des Diocletian setzen. Es sind übrigens aus dieser Zwischenzeit von Paulus bis Valentinian noch ein paar bis jetzt nicht hieher gezogene Stellen

---

6) In der Nov. Valent. III. de test. (XX. 1.) heißt es ausdrücklich: Nam cum liceat cunctis **jure civili atque praetorio** — judicia suprema componere. In der Interpretatio zu l. 3. Th. C. de testam. (4. 4.) wird ebenfalls das testamentum **juris civilis** u. **juris praetorii** erwähnt; in der zu Nov. Theod. II. de test. (XIII.) heißt es: si aliquis **praetorio jure** condiderit testamentum. Savigny citirt noch Isidor. Or. V. 24., wo ebenfalls vom testamentum **juris civilis** und **juris praetorii** die Rede ist.

7) So werden denn auch in der Nov. Valent. noch andere Testamentsformen als ganz gleichartig hinzugefügt, wovon alsbald die Rede sein wird.

vorhanden, welche wir gleich in einem anderen Zusammenhange kennen lernen werden.

§. 131. 2) Die Wirkungen des Rescripts Mark Aurels sind jetzt entwickelt. Aus der früher sich ganz an das Mancipationstestament anlehnenden sec. tab. bon. poss. war ein eigenes Testament geworden. Wir haben nun einen zweiten Punkt ins Auge zu fassen, das Verhältniß des rasch aufgewachsenen neuen Institutes zu dem alten test. per aes et libram, welches früher allein die Herrschaft inne hatte. Ich habe schon bemerkt, daß Mark Aurels Rescript dieses Letztere an und für sich gar nicht betrifft, aber dabei bleibt es doch immer möglich, daß, indem sich nun ein selbständiges Prätorisches Testament entwickelte, dies seine bedeutenden Rückwirkungen auch auf jenes äußerte.

Jedenfalls steht das fest, daß es an Häufigkeit der Anwendung natürlich verlor, indem das Prätorische ihm darin gewiß gleichkam, vielleicht es sogar überwog. Aber ganz unterdrückt ist das Mancipationstestament nicht worden, seine Spuren finden sich im Abendlande auch nach Auflösung des Römerreichs bis in das neunte Jahrhundert hinein [1]) neben dem Prätorischen, und wir haben also genauer das Verhältniß zwischen beiden zu verfolgen. In der späteren Zeit ist der Unterschied entschieden der, daß das civile Testament vor fünf Zeugen errichtet, und nur von diesen besiegelt wird [2]), während das Prätorische sieben Zeugen und Siegel erfordert.

Wir finden darin eine auffallende Verschiedenheit von dem, was wir oben im ersten Bande für das Bestehen der sec. tab. b. p. vor Mark Aurel angenommen haben. Wie sich das Eine aus dem Anderen habe entwickeln können, ist jetzt darzustellen.

Ich glaube oben bewiesen zu haben, daß die obsignatio ein nothwendiges Requisit des schriftlichen Civiltestaments

---

1) Savigny a. a. O. S. 90. ff.

2) Savigny. S. 86. ff. Alle dort angeführten Stellen unterscheiden die quinque und septem testes, und in einigen (Isidor und l. 3. Th. C. de test.) werden auch ausdrücklich die fünf Siegel des Civiltestamentes angegeben.

von Anfang an gewesen ist, ebenso wie überhaupt bei der Errichtung auch anderer Urkunden die dabei mitwirkenden Solennitätszeugen dieselbe zu besiegeln hatten. Diesen Satz halte ich für unzweifelhaft, dagegen die Frage, wie viel Siegel ein Mancipationstestament erforderte, ist für die frühere Zeit mancherlei Bedenken unterworfen, und was ich darüber Bd. I. S. 168 geäußert habe, wurde, da überhaupt die ganze Sache an jenem Orte nicht erschöpfend untersucht werden konnte, nur dubitirend aufgestellt. Man kann darüber auch folgende ganz andere Ansicht haben.

Es scheint nämlich an sich vollkommen denkbar, daß von jeher bei dem Mancipationstestament nur die eigentlichen fünf Zeugen, nicht aber der libripens und familiae emtor regelmäßig siegelten, wobei freilich doch das wieder vollkommen sicher ist, daß die letzteren Beiden, als reine Solennitätspersonen, auch siegeln durften, falls etwa der Erblasser ein besonderes Interesse hatte, es zu wünschen. Nun scheint es für die frühere Zeit, z. B. Cicero's, vollkommen möglich, daß der Prätor seine sec. tab. b. p. ertheilte, wenn ihm ein mit fünf Siegeln versehenes Testament vorgewiesen ward, denn uns ist aus dieser früheren Zeit keine Nachricht über die Zahl der Siegel, sondern nur der Satz bekannt, daß der Prätor eine mit so viel Siegeln, als das Civilrecht verlangt, versehene Urkunde voraussetzt (non minus multis signis signatae, quam e lege oporteat). Erst später finden wir die Bestimmung, daß der Prätor entschieden sieben Zeugen verlangt [3]), es läßt sich also denken, daß dies auch erst später im Prätorischen Edicte aufgestellt worden sei. So wäre denn das Resultat, daß, während bisher aus jedem auch nur mit fünf Siegeln versehenen Testamente b. p. erbeten werden konnte, jetzt die Testatoren freilich noch immer ein vollkommen gültiges Mancipationstestament mit fünf Siegeln errichten durften, dagegen wenn sie dem scriptus heres auch die Vortheile der b. p. verschaffen wollten, darauf dringen mußten, daß auch der fam. emtor

3) Gai. II. 119. si septem signis testium signatum sit testamentum. Ebenso Ulp. XXIII. 6. Julian. in fr. 7. de b. p. sec. tab.

und libripens noch mitsiegelten [4]). An diese, erst durch das Prätorische Edict hervorgerufene Siebenzahl der Siegel hätte sich dann der Satz angeschlossen, daß, sobald nur sie vorhanden wäre, die Weglassung der reinen Mancipationsformalitäten den Cognaten und Ehegatten gegenüber nichts schaden solle, was nun Mark Aurel nur noch weiter ausgedehnt hätte.

Diese Auffassung hat das Vortheilhafte, daß bei dem Mancipationstestament hiernach von jeher nur fünf Zeugen für nöthig erklärt werden, was so entschieden mit den späteren Quellenzeugnissen übereinstimmt. Aber sie führt die Uebelstände mit sich, daß wir alsdann annehmen müssen, der Prätor habe auf einmal ganz aus der Luft sieben Siegel verlangt, wofür ich wenigstens nicht den geringsten Erklärungsgrund wüßte. Die Sicherheit der Testamente gewinnt doch durch diese Erhöhung der Siegel von fünf auf sieben nicht das Geringste, und noch mehr, man würde sich mit jener Annahme in Folgerungen verwickeln, die entschieden mit den Quellen in Widerspruch stehen. Es würde, wenn wir voraussetzten das Edict erfordere sieben und das Civilrecht nur fünf Siegel, zur Zeit der klassischen Juristen einen Fall gegeben haben, wo einem heres die Agnition der b. p. zur rascheren Besitzergreifung versagt worden wäre. Ich will gar nicht hervorheben, daß dies gegen das ganze Princip und Wesen der b. p. anstoßen würde, daß es ein ganz unerhörter, nirgends in den Quellen hervorgehobener Ausnahmsfall wäre (und ihn anzugeben, würde doch wahrlich der Mühe werth gewesen sein!), da im Uebrigen die b. p. alle heredes, eben weil sie heredes sind, in sich aufgenommen hat [5]). Jene Auffassung ist einfach schon deß-

4) Denn unzulässig war ja das keinenfalls.

5) Cic. in Verr. II. 1. c. 44 — Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data. — L. 2. C. de b. p. sec. tab. — „jure civili testamentum factum videri, ac (und also) secundum nuncupationem b. possessionem deferri, explorati juris est. — Jeder, der neues Civilerbrecht erhielt, trat auch von selbst in irgend eine Klasse der b. p. ein. — Man denke ferner an die Stellen, wo aus der civilrechtlichen Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments auf

halb unrichtig, weil die b. p. sec. tab. in den Quellen eine omnibus jure scriptis heredibus versprochene (§. 3. I. de b. p.), eine confirmandi juris civ. gr. proposita (Bd. I. S. 200.) genannt wird, eine Nachricht, deren Richtigkeit für die Zeit vor M. Aurel zu bezweifeln, nicht der geringste Grund vorhanden ist. (Gai. III. 36. fr. 14. de testibus.)

Wir müssen uns also doch zu der schon früher von mir geäußerten Ansicht zurückwenden, und daß diese auch in ihrer Zusammenhaltung mit dem späteren Kaiserrechte durchaus nichts Unwahrscheinliches hat, bedarf jetzt noch einer weiteren Begründung.

Wenn wir einfach die Edictsworte: non minus multis signis quam e lege oporteat, mit den Zeugnissen des Julian, Gaius und Ulpian (s. Note 3.) zusammenhalten, so ergiebt sich als die natürlichste Annahme, daß der Prätor die Zahl der sieben Siegel aus dem Civilrecht entlehnte, daß also das schriftliche Mancipationstestament von jeher nicht bloß von den fünf Zeugen, sondern auch vom familiae emtor und libripens besiegelt wurde. Dies ist deßhalb so sehr glaublich, weil Letztere, seitdem es ein schriftliches Testament gab, reine Solennitätspersonen waren, und man also sehr natürlicher Weise nur die Unterschiede zwischen dem emtor und den Uebrigen conservirte, welche sich in früherer Zeit festgestellt hatten, als die familiae mancipatio noch nicht eine reine Form war. Deßhalb nennen jene drei Juristen, zu deren Zeit doch so entschieden nur eine Testamentform anerkannt wurde, und von dem Prätorischen Testament noch nicht die Rede ist, sie nennen jene

---

die Zulassung oder Verweigerung der b. p. sec. tab. geschlossen wird. s. Bd. I. S. 187., ferner fr. 2. §. 4. de b. p. sec. tab. „Nam sicuti ad adeundam hereditatem proximi sunt, ita et ad b. possessionem admittendam. — Solch eine Schlußfolgerung (s. auch fr. 2. §. 5. de suis et legit.) hätte ein Römischer Jurist gar nicht aufstellen können, wenn es auch nur einen Fall gegeben hätte, wo ein heres ganz von der b. p. ausgeschlossen gewesen wäre, denn das ganze Princip wäre damit umgeworfen. Der Prätor, der ja nur ficti heredes macht, kann die wahren heredes nicht absolut ausschließen, er kann höchstens sie relativ hinter andere Personen stellen.

sieben Zeugen gleichmäßig testes, ebenso wie sie Cicero signatores nennt [5a]); und es ist doch wahrlich nicht glaublich, daß sie nur in Bezug auf den singulären Fall des non jure factum testamentum jene sieben Menschen testes genannt hätten, während, wenn aus einem vollkommen gültigen Testament b. p. erbeten wurde, sie sich dieses Ausdrucks enthalten hätten [6]).

Wir dürfen also wohl annehmen, daß es durchaus regelmäßige Sitte war, das Mancipationstestament mit sieben Siegeln zu versehen, und daß sich daher, nicht aber aus einer willkührlichen Bestimmung des Prätors, der Satz entwickelt hat, die b. p. könne auch nur aus einer mit sieben Siegeln versehenen Urkunde ertheilt werden. Dieser Satz wurde nämlich allerdings ganz so positiv genommen, wie wir ihn hier ausdrücken, es war trotz jener negativen Fassung der Edictsworte, entschiedene Voraussetzung, daß das Testament sieben Siegel und nicht weniger haben dürfe. Wir sehen das aus der eben citirten Stelle des Julian.

Aber freilich scheint hiebei Folgendes nichtsdestoweniger unläugbar. Die Besiegelung des Mancipationstestamentes ist gar keine sich lediglich auf Testamente beziehende Nothwendigkeit, sie war eine allgemeine Vorschrift für alle tabulae, quae publici privatique contractus scripturam continent, d. h. für alle schriftlichen Rechtsgeschäfte, bei denen Zeugen zugezogen werden. (B. I. S. 165. Note 13. S. 166. Note 15.) Wenn nun also eine gewöhnliche Mancipation z. B. in Folge eines wahren Kaufs vorgenommen wurde, so versteht sich doch von selbst, daß der Käufer nicht mit unterschrieb und signirte, und ebensowenig wie dies möglich war, so dürfen wir auch

5a) s. auch Isidor. Or. V. 23. — Item testes dicti, quod testamento adhiberi solent: sicut signatores, qui (vielleicht quia) testamenta signant.

6) Die Stelle des Julian (fr. 7. de b. p. sec. tab.) enthält auch überhaupt gar keine Andeutung, daß nicht von der b. p. aus allen Testamenten, also natürlich vorzugsweise den völlig gültigen die Rede wäre. Die Worte lauten: Cum tabulae testamenti plurium signis signatae sunt, et quaedam ex his non parent, septem tamen signa manent, sufficit ad bonorum possessionem dandam septem testium signa comparere, licet non omnium, qui signaverunt, maneant signa.

die Signirung von Seiten des libripens für nöthig halten. Die Stelle von Paulus (rec. sent. V. 25. 6. s. Bd. I. S. 165), welche das SC. über diese Signirung mittheilt, spricht nur von testes, und es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß diese im engeren Sinn zu nehmen sind. Es war freilich natürlich, daß um größerer Solennität willen, auch der libripens, sowie der antestatus mit unterschrieben, aber es ist wohl zu bemerken, daß dies nichts juristisch Nothwendiges war, durch dessen Unterlassung die Urkunde ungültig geworden wäre. Mir scheint dies sich entscheidend daraus zu ergeben, daß bei den Unterzeichnungen die Zeugen voran stehen, die des libripens und antestatus hinterdrein, obgleich die Würde des libripens im Uebrigen der der Zeugen vorging [7]).

Wir dürfen also wohl sagen, daß eine Mancipationsurkunde vollkommen gültig ist, wenn sie auch nur von den fünf Zeugen signirt wurde, obgleich es freilich die regelmäßige Sitte war, daß auch die Siegel der anderen beiden Solennitätspersonen hinzugefügt wurden. Was aber von *einer* gewöhnlichen Mancipationsurkunde gilt, muß ebenso auch beim Mancipationstestamente Anwendung finden; und so scheint mir das Resultat nicht wohl bezweifelt werden zu können, daß, wenn es auch völlig verbreitete Gewohnheit war, das Testament mit sieben Siegeln zu versehen, und der Prätor daher dies zur Voraussetzung für die Ertheilung der bon. pos. machen konnte, dennoch von jeher auch eine ausnahmsweise nur von den fünf Zeugen besiegelte Urkunde ein vollkommen gültiges Mancipationstestament war.

Diese Annahme scheint mir schon in sich selbst durch die eben angegebenen Gründe vollkommen gerechtfertigt, ziehen wir nun aber jene Zeugnisse der späteren Kaiserzeit hinzu, worin die Fünfzahl der Siegel gerade als die regelmäßige Eigenthümlichkeit des Civiltestaments hervortritt, so dürfen wir sie viel-

7) Huschke Flav. Syntrophi inst. don. p. 6. p. 52. — Er vermuthet deßhalb nicht ohne Wahrscheinlichkeit, daß in früheren Zeiten auch lediglich die Zeugen unterschrieben hätten. Ein anderes Beispiel, wo fünf Zeugen unterschreiben, erwähnt Huschke Zeitschr. für gesch. R. W. XII. S. 204. Note.

leicht die einzig mögliche Ansicht nennen, um den ganzen historischen Entwicklungsgang uns überhaupt denkbar zu machen. Denn die Schwierigkeiten sind, wie wir gesehen haben, unübersteiglich, wenn wir auch für die früheren Zeiten dem Mancipationstestament lediglich die fünf Siegel zuschreiben, die sieben Siegel aber eine originale Prätorische Bestimmung nennen, und die Schwierigkeiten würden natürlich von der anderen Seite eben so unüberwindlich sein, wenn wir versuchen wollten, die klare Beweiskraft jener Stellen der späteren Zeit über die fünf Zeugen des Civiltestaments hinwegzuräumen.

Wenn wir mithin annehmen, daß, so allgemein die Sitte der sieben Siegel beim test. per aes et libram war, dennoch auch eins mit fünf Siegeln vollkommen civilrechtliche Kraft hatte, so drängt sich nun natürlich die Frage auf, ob denn aus einem solchen b. p. sec. tab. erbeten werden konnte?

Ich glaube mit voller Ueberzeugung und ohne alles Bedenken dies mit Ja beantworten zu können. Ebenso wie aus dem nuncupativen Testament, weil es ein civilrechtlich gültiges war, b. p. erbeten werden konnte, ohne daß davon Etwas im Edicte stand, so fordert auch hier das ganze Princip und der ganze Geist der b. p. dieselbe Behandlung. Jene Regel, daß nur aus einem mit sieben Siegeln versehenen Testament die b. p. erbeten werden könne, beweist dagegen nichts, ebenso wie wir oben gesehen haben, daß sie dem mündlichen Testament nicht entgegenstand. Der Prätor verspricht ja darin nur, daß, wenn ihm diese Bescheinigung geliefert wird, er sogleich die Urkunde als ein rechtmäßiges Testament präsumiren will, also dieser Beweis, als der am leichtesten zu erbringende und am ersten sich darbietende, zur raschen Erlangung des Prätorischen Besitzesschutzes führen soll [8]). Wenn daher Jemand kam und eine Urkunde vorwies, die nur fünf Siegel hatte, so erhielt er allerdings damit noch keine b. p., denn der Prätor knüpft seine Präsumtion ja erst an das Vorhandensein von sieben Siegeln. Aber wir haben oben schon Fälle kennen lernen, wo der Mangel, der der b. p. entgegensteht, durch besonderen Beweis ersetzt werden kann. Wenn der Nachsuchende

8) S. das Genauere Bd. I. S. 171. ff.

darthut, daß die Mäuse zwei Siegel abgefressen haben [9]), so wird die b. p. ertheilt, und eben so muß er sie nun auch erhalten haben, wenn er etwa einen oder zwei der Zeugen mitbringt, und diese aussagen, daß nur der libripens und familiae emtor nicht gesiegelt haben, sonst aber ein gültiges Mancipationstestament gemacht worden sei. Formelle Beweisregeln sind ja in allen diesen Punkten nicht vorhanden, es kommt auf die Ueberzeugung des Prätors, wonach überhaupt die Ertheilung der b. p. gehandhabt wurde, an. Und ebensogut, wie er auf die Aussage von ein Paar Zeugen, daß ein gültiges nuncupatives Civiltestament gemacht worden sei (Bd. I. S. 199), die b. p. ertheilte, so muß dadurch auch hier in unserm Falle der ausnahmsweise Mangel der zwei Siegel haben ersetzt werden können. Erst hiedurch gewinnt die sehr auffallende negative und unbestimmte Fassung jener Edictsworte: non minus multis signis, quam e lege oporteat ihre volle Erklärung. Wenn das Prätorische Recht nie anders als beim Vorhandensein von sieben Siegeln b. p. zuließ, wie sollte es kommen, daß dann nicht geradezu das Wort septem in das Edict aufgenommen wäre, das doch sonst in seiner Fassung immer so präcis ist [10])?

§. 132. Wir haben also im vorigen §. den Satz gewonnen, daß schon vor dem Rescript Mark Aurels, so lange es überhaupt schriftliche Mancipationstestamente gab, die Besiegelung der fünf Zeugen, so selten sie auch vorkommen mochte, doch vollkommen genügend war, und daß der Prätor dies ebenfalls durchaus anerkannte. Es fragt sich nun aber, ob seitdem jetzt die sec. tab. b. p. eine selbständige Haltung annahm und ihre Voraussetzungen als ein eigenes Testament aufgefaßt wur-

9) fr. 1. §. 11. de b. p. sec. tab.

10) Dies bemerkt schon Savigny a. a. O. S. 86., der es übersetzt „die gehörige Zahl von Zeugen“, „ein unbestimmter Ausdruck, der bei wechselnden Zeugen begreiflicher ist, als bei einer überall gleichförmigen.“ — Nur freilich halte ich es für unmöglich, daß man das lege anders deute, als lediglich jure civili, (Bd. I. S. 159.), daß also damit auch auf das Prätorische Recht selbst hingewiesen werde.

den, — ob das nicht auf die Gestalt des Mancipationstestaments, und dessen Verhältniß zu dem neuen Prätorischen seine nothwendigen Rückwirkungen äußern mußte?

Das Rescript knüpft den Schutz des scriptus gegen die legitimi heredes, der damaligen allgemeinen Sitte zufolge, an das Vorhandensein der sieben Siegel [1]), von dem Testamente mit fünf Siegeln spricht es nicht, was sich ja so entschieden daraus beweist, daß in der ganzen Folgezeit die Hauptvoraussetzung des Prätorischen Testaments völlig constant gerade die Siebenzahl ist. Es versteht sich nun freilich von selbst, daß wenn ein Mancipationstestament nach der gewiß noch längere Zeit fortherrschenden Sitte mit sieben Siegeln versehen war, daraus b. p. erbeten werden konnte. Aber die Bedeutung dieser b. p. war doch eine andere geworden. Wenn früher die legitimi gegen den scriptus auftraten, so hing das Recht des Letzteren ganz von der Frage ab, ob ein der Form nach gültiges Civiltestament vorliege, jetzt dagegen brauchte er sich auf diese Untersuchung gar nicht mehr einzulassen, indem, falls auch die Mancipationsformalitäten unterblieben wären, er jedenfalls durch doli exc. geschützt war. Es ist, wie schon öfter hervorgehoben wurde, ein selbständiges, vom Civiltestament unabhängiges Recht geworden, was die b. p. ertheilt. Aber wenn die Frage, ob es ein Civiltestament sei, jetzt gar nicht mehr zur Untersuchung kam, so mußte natürlich um so fester an den Erfordernissen festgehalten werden, an die nun einmal das Rescript Mark Aurels jenen Exceptionsschutz geknüpft hatte.

Hieraus entscheidet sich schon die Frage, ob jetzt noch, ebenso wie früher, aus einem nur mit fünf Siegeln versehenen Mancipationstestament b. p. sec. tab. erbeten werden konnte.

---

1) Gai. II. 147. — Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jure facta sunt — — nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres sec. tab. b. p. petere. — — Qui autem sec. tab. test. quae — non jure factae sint, — b. possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem optinere, habebunt b. p. cum re. Und dies richtet sich eben nach den Regeln des Rescriptes (Gai. II. 120.), die Voraussetzung desselben sind also die sieben Siegel.

Ebenso wie ich dies für die frühere Zeit unbedenklich bejahen konnte, so scheint mir jetzt die Verneinung nicht minder einleuchtend. Die sec. tab. b. p. ist nichts sich noch an die Form des Mancipationstestaments Anlehnendes, sie hat eigenthümliche Voraussetzungen und eigenthümlichen Schutz erhalten. Ebenso wie in dem vorher erwähnten Fall gar nichts mehr darauf ankommt, ob ein Civiltestament vorhanden sei oder nicht, so kann auch hier die Berufung darauf, daß man jure civili heres sei, nichts ausmachen. Die sec. tab. b. p. hat ihr Princip verändert, nach der früheren negativen Fassung des Edicts (non minus etc.) wurde jeder scriptus heres zugelassen. Durch das Rescript des Markus ist jetzt (denn so finden wir es ja in der ganzen Folgezeit) die positive Bestimmung der sieben Siegel entschiedenes nothwendiges Erforderniß der sec. tab. geworden, wer diesem nicht genügen kann, darf die Vortheile derselben nicht in Anspruch nehmen wollen.

Dies wird durch folgende zwei Kaiserrescripte vollkommen bestätigt. Die erste Stelle haben wir schon in einem anderen Zusammenhange kennen lernen [2]), aber erst hier scheint sie mir ihr volles Licht zu erhalten:

> l. 2. C. de b. p. sec. tab. (Gordian.) — Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit. Verum si eundem numerum adfuisse, sine scriptis testamento condito, doceri potest, jure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri, explorati juris est.

Der Gedankengang ist offenbar der: es will Jemand aus einem Testament die b. p. erbitten, und wie dies möglich sei, darüber belehrt ihn der Kaiser. Er unterscheidet, entweder ist es ein mündliches Testament, und alsdann ist es explorati juris, daß das civile Testament auch zu der sich daran anlehnenden b. p. berechtigt (denn daran ist ja durch Mark Aurels Rescript nichts geändert); oder es ist ein schriftliches,

2) Bd. I. S. 191. Das Citat enthält dort einen Druckfehler.

dann kann man nur nach der Vorschrift des Edicts b. p. bekommen, und es sei kein Zweifel, sagt der Kaiser (in dubium non venit), daß dies sieben Siegel fordert. Der Gegensatz, der hier zwischen dem edictum Praetoris und dem jus civile gemacht wird, jenachdem ein schriftliches oder mündliches Testament vorliegt, scheint mir auf den ersten Blick einleuchtend. Bei Letzterem kann man sich auf das jus civile stützen, bei Ersterem nicht, das schriftliche wird nur nach dem edictum praetoris beurtheilt, es genügt nicht mehr, daß nicht weniger Siegel da seien, als es lege oder jure civili oportet, das Edict fordert jetzt positiv sieben Siegel, ohne welche die b. p. nicht gegeben wird.

Dieser Gegensatz, den der Kaiser zwischen mündlichem (wo Civilrecht und Edict übereinstimmen), und dem schriftlichen macht (wo das Edict seine besonderen Regeln habe), zeigt doch mit Nothwendigkeit, daß er für das civile schriftliche eine andere Zeugenzahl voraussetzt, und daß aus einem solchen nicht so, wie es beim nuncupativen der Fall sei, die b. p. erbeten werden könne.

Die Stelle scheint mir hiernach vollkommen meine obigen Behauptungen zu bestätigen, und es kann wohl kein Zweifel sein, daß der Rechtszustand, wie sie ihn darstellt, aus dem Rescript Mark Aurels zu erklären ist. Sie ist die nächste Quellennachricht nach jener Paulinischen Stelle, worin wir zuerst den Namen des Praetorio jure factum testamentum finden, sie zeigt die selbständige Stellung, welche die sec. tab. b. p. einnimmt, und deutet uns mit Sicherheit darauf hin, daß dem ihr gegenüberstehenden civilen schriftlichen Testamente eine andere Siegelzahl eigenthümlich war, wenn wir auch noch keineswegs anzunehmen brauchen, daß die quinque testes damals schon regelmäßig allein gesiegelt hätten.

Die zweite Stelle, welche wir hier anzuführen haben, ist von Diocletian:

Consultatio vet. JCti. §. 6. (Bonner Ausg. S. 402.) — Si secundum edicti formam [3]) testamentum

3) Es ist sehr möglich, daß, da hier sogar auf die Worte des Edicts verwiesen zu sein scheint, wirklich seit dem Rescript Mark Aurels die alte Fassung des Edicts non minus multis signis etc. durch die Worte septem signis ersetzt wurde.

obsignatum exstitit, bona, quae cum moreretur actor (auctor) tuus, ejus fuerunt, solenniter petes.

Diocletian sagt hierin ganz dasselbe als Gordian, die Gültigkeit des Prätorischen Testaments richte sich ganz allein nach den Edictsregeln. Der Nachsatz der Stelle kann verschieden erklärt werden. Man kann unter dem solenniter petes die hereditatis petitio possessoria verstehen, also was Diocletian sonst successionis oder hereditatis vindicatio nennt. Wahrscheinlich aber ist mir, daß die Worte nichts Anderes heißen, als: bonorum possessionem petes. Das solenniter petere oder admittere ist ein gerade von Diocletian mehrfach gebrauchter Ausdruck für Agnition der b. p.[4]). In unsern Stelle heißt es nun freilich nicht bonorum possessionem petes, sondern geradezu bona, quae cum moreretur auctor tuus, ejus fuerunt, petes. Aber wir werden im vierten Kapitel sehen, daß das besondere beneficium der b. p., außer daß sie definitives Erbrecht verleiht, noch immer die rasche Einweisung in den Besitz der körperlichen Erbschaftsachen, d. h. das Int. quor. bon. war. Daß diese körperlichen Sachen hier gemeint seien, sehen wir aus l. 2. C. quor. bon.[5]), wo ebenfalls von Diocletian der Einforderungsgegenstand des Int. quor. bon. mit denselben Worten: quae cum moreretur ejus fuerunt angegeben wird. Wir können also wohl unsere Stelle so verstehen, als wenn der Kaiser sagte: Du kannst die Besitzeseinweisung in die körperlichen Erbschaftssachen (d. h. die b. p. mit nachfolgendem Int. quor. bon.) solenniter nachsuchen.

Mag dies begründet sein oder nicht, so beweist doch jedenfalls diese Stelle so gut wie jene Gordianische, daß aus einem Testament mit fünf Siegeln, eben weil das kein Prätorisches Testament war, eine b. p. jetzt nicht mehr ertheilt wurde. Beide Stellen deuten darauf hin, daß wohl mehrfach in dieser Zeit Anfragen an die Kaiser ergingen, ob nicht aus einem gültigen schriftlichen Civiltestamente b. p. erbeten werden könne.

4) l. 1. u. 2. C. Comm. de succ.

5) Hier steht statt solenniter petere b. p. das gleichbedeutende recte petita bonorum possessione.

Die gleichlautenden Antworten, daß das Testament nothwendig der edicti forma entsprechen, also sieben Siegel haben müsse, lassen uns schließen, daß im Leben jetzt schon häufiger das Civiltestament, welches der edicti forma nicht entspricht, d. h. mit fünf Siegeln hervortritt. Und diese Umgestaltung der Sitte des Testirens müssen wir ja auch schon deßhalb ungefähr in diese Zeit setzen, weil sie in den späteren Quellennachrichten [6]) als so entschieden feststehend vorausgesetzt wird, daß es gezwungen sein würde, sie sich gerade eben vorher erst vollendet zu denken.

So sehr wir in der früheren Zeit, als die b. p. noch unter der leitenden Hand des Prätors stand, den Satz, daß aus einem civilrechtlichen Testament keine b. p. hätte erbeten werden können, für unmöglich halten mußten, so sehr ist dies in den späteren Zeiten, von denen wir jetzt reden, für natürlich zu erklären. Die Begriffe von hereditas und b. p. sind an und für sich gleich; um so mehr hält gerade diese Zeit, wie ich schon oben bemerkte, daran fest, wenigstens einige mehr äußerliche Unterschiede zwischen Beiden bestehen zu lassen. Es ist bei dieser testamentarischen Erbfolge nicht viel anders, als wir oben beim Notherbenrechte das Verhältniß des civilen Notherbenrechts und der c. t. b. p. aufgefaßt haben, obgleich sich hier zwischen dem civilen und Prätorischen Testament, der Zahl nach mehr Unterschiede aufstellen lassen. Sie mögen hier zum Schlusse zusammengestellt werden.

a. Das Civiltestament wurde mit fam. emtor und libripens nach den alten Mancipationsformalitäten [7]) errichtet, und

6) Diese die quinque testes des Civiltestamentes erwähnenden Stellen, welche Savigny bereits vollständig zusammengestellt hat, sind: l. 1. u. 3. Th. C. de testam. (Constantin und Arkadius) die Interpr. zu beiden — Nov. Theod. II. de testam. (tit. XVI.) und die Interpr. dazu. — Nov. Valent. III. de test. (XX. const. 1.) — Ed. Theodorici. tit. 28. — Lex Rom. Burg. tit. 45. de testam. (in der Barkowschen Ausgabe ist dazu noch citirt die Lex Burgund. tit. 43. (s. Savigny Gesch. des R. R. im M. II. S. 7. Note d.) — Isidor. Origines V. 24. — s. ferner Savigny Gesch. rc. II. S. 222. Note c. und S. 235.

7) Daß auch diese mit der Zeit durch etwas Anderes ersetzt wurden, wird weiter unten nachgewiesen werden.

von den fünf Zeugen besiegelt. Natürlich konnte es auch noch immer von jenen ersteren beiden mit besiegelt werden, und dann die b. p. zur Folge haben, was aber, wie wir gleich unter b. sehen werden, wenig practisches Interesse gewährte. Das Prätorische Testament fordert nicht die Mancipationsformalitäten, dafür aber sieben Siegel. Bei beiden Testamenten müssen die Zeugen cives Romani sein 8), und im Uebrigen ist für das Prätorische Testament ganz der Satz der alten secundum tab. b. p. bestehen geblieben, daß in Bezug auf die innere Gültigkeit, Fähigkeit der Zeugen und unitas actus durchaus die Grundsätze des Civilrechts gelten.

b. aus dem Civiltestament wird die Erbschaft durch her. aditio, aus dem Prätorischen durch b. possessionis agnitio erworben. Aus dieser Agnition ging dann nicht bloß wie aus jener aditio, die successionis oder hereditatis vindicatio, sondern auch das possessorische Int. quor. bon. hervor. Aus dem Civiltestamente konnte man also, wenn es nicht ausnahmsweise sieben Siegel hatte, dies Interdict nicht erlangen, aber durch die missio aus dem Hadrianischen Edict gelangte man zu demselben practischen Resultat. Das Verhältniß dieser beiden Rechtsmittel werden wir später noch genauer ins Auge zu fassen haben.

c. Ein besonderer Unterschied zwischen beiden Testamenten besteht noch in einem singulären Fall, der aber, weil er sehr selten vorgekommen sein kann, wenig Bedeutung hat, und deßhalb in der bisherigen Darstellung gar nicht erwähnt worden ist. Wenn nämlich der Erblasser zwei Testamente hinterläßt, und beide, oder wenigstens das Letztere, Civiltestamente sind, so wird natürlich das frühere durch das spätere stets rumpirt. Wenn aber umgekehrt das erste Testament ein civiles, das zweite ein Prätorisches ist, so konnte die hereditatis petitio des ersten scriptus heres die b. p. des später Eingesetzten zur sine re machen, denn der schon vor dem Rescript Mark Aurels bestehende Prätorische Schutz ging ja nur gegen Cognaten und Ehegatten, das Rescript bezog sich aber lediglich auf die

8) Lex Rom. Burg. tit. 45. — Cives Romani adhibendi sunt numero competenti, vel quinque vel septem.

legitimen Intestaterben, gegen einen civilen Testamentserben blieb also der b. possessor immer noch schutzlos [9]). Aber in einem speciellen Falle wurde er ausnahmsweise doch (gewiß ebenfalls durch doli exceptio) dem civilen Erben vorgezogen, wenn er (der b. possessor) nämlich zugleich nächster Intestaterbe war [10]).

Dieser ganze Unterschied konnte überhaupt nur so lange bestehen, als man in klarem Bewußtsein behielt, daß das Prätorische Testament doch nur vi exceptionis Kraft habe. Als aber diese Anschauung sich verlor, mußte er von selbst hinwegfallen, und allgemein der Satz gültig werden, daß ein civiles Testament durch jedes spätere Prätorische rumpirt werden könne. Die Umgestaltung, welche der in fr. 2. de inj. rupt. test. enthaltene Ausnahmsatz in der Nov. Theod. II. tit. 16. (de testam.) §. 7. erlitt, zeigt doch wohl genügend, daß damals von der ursprünglichen Bedeutung dieser Ausnahme, also auch der Regel nicht mehr die Rede war.

§. 133. — 3.) Nachdem wir jetzt entwickelt haben, wie die alte sich an das Mancipationstestament anlehnende sec. tab. b. p. zu einem selbständig, jenem gegenübertretenden Testament geworden war, ist noch mit kurzen Worten des **nuncupativen Testamentes** zu gedenken, das von jeher bei den Römern, wenn auch selten, in Gebrauch war. Es bedarf wohl keiner weiteren Entwicklung, daß die ganze bisherige Darstellung von selbst auch das Resultat ergiebt, daß diese Testamentsform von allen den Veränderungen, die sich mit dem schriftlichen Testament zutrugen, völlig unafficirt, daß auch das alte schon durch den Prätor begründete Verhältniß der b. p. zu diesem civilen Testamente ganz dasselbe bleiben mußte. Nachdem die Agnition der b. p. sich als definitiver Erbschaftserwerb neben die her. aditio gestellt hatte, lag in ihr nur noch

9) An diesen civilen Testamentserben denkt Ulpian XXIII. 6. bei den Worten: si nemo alius jure (civili) heres sit. Gai. II. 149. gedenkt des Falles ausdrücklich.

10) fr. 2. de injusto rupto. — Vergleiche über diese Stellen und über die duplex interpretatio derselben nach heutigem Recht **Fabricius** b. p. S. 125 ff. — s. überhaupt oben §. 110. Nr. 1.

das besondere Moment, daß der Eingesetzte, neben der her. pet. auch das Int. quor. bon. erhielt. — In der späteren Kaiserzeit tritt dies nuncupative Testament sehr viel mehr in den Quellen hervor, wir dürfen also auch wohl schließen, daß es häufiger im Leben vorgekommen ist, als früher. Außer den Bd. I. S. 193. citirten Stellen, und der oben schon erklärten l. 2. C. de b. p. sec. tab., ist hier besonders zu erwähnen die Nov. Valent. III. tit. XX. §. 2.:

> Nam cum liceat cunctis jure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis judicia suprema componere etc.

Daß hier das nuncupative als ein drittes Testament den civilen und prätorischen gegenübergesetzt werde, findet Savigny [1]) auffallend, und erklärt es daraus, daß damals wohl schon die Mancipation bei demselben hinweggefallen sei. Allein mir scheint, so wenig ich Letzteres läugnen will, die Sache eines besonderen Erklärungsgrundes gar nicht zu bedürfen. Der Kaiser setzt sehr kenntlich durch das wiederkehrende liceat nur drei Hauptarten der Testamente einander gegenüber: a. das schriftliche, welches wieder in das civile und Prätorische zerfällt; b. das mündliche, dessen es nur eine Art giebt, und c. das richterliche. Mir scheint es im Gegentheil nothwendig, daß hier des nuncupativen besonders Erwähnung geschah, da man, wenn vom civilen im Gegensatz des Prätorischen die Rede war, dabei immer nur an das schriftliche Testament dachte [2]). —

Ich muß hier noch besonders darauf aufmerksam machen, daß überhaupt die ganze Stellung des nuncupativen Testamentes, welche sich von selbst aus unserer bisherigen Darstellung ergiebt, und so vollkommen durch die Quellen der späteren Zeit bestätigt wird, einen gewichtigen Rückschluß für die Richtigkeit unserer früheren Untersuchungen gewährt. Wir sehen das nuncupative Testament in der späteren Zeit mehr hervortreten, wir

---

1) Zeitschr. II. S. 95.

2) Dernburg Gesch. d. Test. S. 263. will unter dem nuncupativen Testament hier eine neu entstandene Art desselben verstehen; aber der Kaiser führt ja nur das bestehende Recht an, und so können wir doch nicht zweifeln, daß dies ganz dasselbe nuncupative Testament ist, welchem wir auch in den anderen Quellenzeugnissen begegnen.

stoßen nicht auf den geringsten Andeutungspunkt, daß es erst jetzt entstanden sei, und so findet unsere frühere Beweisführung, daß es von jeher bestanden habe, ihre volle Bestätigung. Wir begegnen bei diesem Testament einer sich daran anlehnenden b. p., die eine ganz unerklärliche Singularität sein würde, wenn wir nicht früher dargethan hätten, daß die testamentarische b. p. überhaupt anfangs eine Klasse confirmandi juris civilis war, und daß nur eine eigenthümliche Rechtsentwicklung der secundum tabulas b. p. eine andere Gestalt gegeben hat. Ob ich diese Umgestaltung der alten sec. tab. b. p. zum Prätorischen Testamente überzeugend dargestellt habe, ob nicht gerade die hier angenommene Gestalt der früheren sec. tab. b. p. nothwendig vorausgesetzt werden muß, um einen ungezwungenen Entstehungsgrund für das Prätorische Testament zu haben, — darüber mögen Andere entscheiden. Jedenfalls wird man mir nicht hiebei entgegenhalten können, wie Walter gethan [3]), daß in der späteren Kaiserzeit das Civiltestament fünf Siegel gehabt habe, und daß Paulus von einem jure praetorio factum testamentum spreche, Umstände, deren Berücksichtigung auch schon vor Erscheinen dieses zweiten Bandes allenfalls mir zugetraut werden konnte.

Ich will nun kurz hier andeuten, auf welchem unsicheren, ja wie mir scheint unmöglichen Boden Walter die Entstehung des Prätorischen Testamentes aufzuführen versucht. Das Civiltestament wurde stets nur, so meint er, von fünf Zeugen besiegelt. Der Prätor forderte dagegen sieben Siegel, verlangte aber nicht die Mancipationsformalitäten, und die auf jenes Erforderniß der sieben Siegel gebaute b. p. sec. tab. war zunächst nur für den Fall berechnet, daß kein civilrechtlicher Erbe vorhanden war; erst Mark Aurel habe dies weiter ausgedacht.

Also Walters Ansicht ist noch extremer, als die im §. 131. hypothetisch aufgestellte und widerlegte. Alle dort angeführten Gegengründe sind daher auch hier zu wiederholen, es kommt nur noch Folgendes hinzu. Es hat nach Walters Ansicht nie eine b. p. gegeben, welche aus einem reinen Civiltestament (das ja nach seiner Meinung stets nur fünf Siegel hatte) ertheilt wurde.

3) Rechtsgesch. (2. Ausg.) II. S. 244.

Von diesem reinen Civiltestament sagt nun aber Gaius und Ulpian hoc solum in usu est; also wenn man das auch nicht so wörtlich nehmen wollte, als es in der That zu nehmen ist, so muß es doch jedenfalls heißen, daß es besonders häufig war. In den meisten Fällen mithin, wo Jemand mit Hinterlassung eines Testamentes gestorben war, konnte der heres nicht durch b. p. zum raschen Erbschaftsbesitz gelangen? Es mußte dann also gleich zuerst den Intestaterben b. p. deferirt werden, die alsbald freilich durch die her. pet. des scriptus heres wieder zur eine re wurde. Also der Prätor, der doch entschieden die Absicht hatte, so rasch wie möglich, den Creditoren Befriedigung zu verschaffen, konnte es gar nicht einrichten, daß der scriptus heres, wenn er auch gleich sich der Erbschaft annehmen wollte, dazu gelangte, sie mußte erst durch die Hände der nächsten Intestatklasse auf einem ganz unnützen Umwege umherwandern! Man sieht, zu welchen Consequenzen man gelangt, wenn man jene Absicht weiter verfolgt, und ich brauche nicht hervorzuheben, wie dies dem ganzen Principe der bon. poss. widerspricht; nur die eine Frage muß ich noch aufwerfen: wenn es bei dem schriftlichen Civiltestamente nie eine sich daran anlehnende b. p. gegeben hat, wie kommt es denn, daß sich sich bei dem viel selteneren mündlichen findet?

Ohne dies zu berücksichtigen, meint Walter, daß die b. p. sec. tab. bis Mark Aurel lediglich aus einer mit sieben Siegeln (das wäre also eine willkührliche neue Vorschrift des Prätors) versehenen Urkunde, bei der aber die Mancipationsförmlichkeiten fehlen konnten, gegeben wurde. Also die ganze b. p. sec. tab. bestand, nach Gaius Redeweise, recht eigentlich für das non jure factum testamentum, denn daß das Mancipationstestament auch sieben Siegel hatte, konnte doch nur höchst selten sein, da Walter ihm ja constant fünf Zeugen zuweist. Die b. p. gewährte auch ferner nur geringen Vortheil, denn legitime Intestaterben sind doch gar häufig vorhanden. Lediglich von diesem Falle des non jure factum testamentum [4]) müßten daher alle die Erörterungen der Römischen Juristen im Titel de sec. tab. b. p. zu verstehen sein, und wor-

4) Denn das ist ja das spätere Prätorische Testament. Es läßt sich

aus sollte sich nun jener Unterschied von bedingenden und vernichtenden Beweisen erklären lassen, die ich doch aus den Quellen gerechtfertigt zu haben glaube, und die doch alle nur darin ihre Erklärung finden, daß die Ertheilung der b. p. eine Wahrscheinlichkeitsrechnung in Bezug auf das Civiltestament war [5])?

So könnte denn auch z. B. in der Stelle von Cicero (Topica 4.) von einem gewöhnlichen Testamente gar nicht die Rede sein, denn aus einem Mancipationstestament mit fünf Siegeln wäre ja schon von vorn herein nach Walters Ansicht eine b. p. nicht möglich [6]).

Und wenn ferner die sec. tab. nur aus einem (nach Gaius Sprachgebrauch) non jure factum testamentum gegeben wird, wie soll denn Gai. III. 36. verstanden werden [7])? Etwa nur von dem Falle, wenn das jure factum testamentum ausnahmsweise mit sieben Siegeln versehen war? Und wenn die Worte nur von einem so singulären Fall gelten, so sollte das Gaius ganz mit Stillschweigen haben übergehen können?

Ich breche hier ab, weil ich genug bewiesen zu haben glaube. Wollen wir nicht unseren Quellen eine ganz unnatürliche gezwungene Stellung anweisen, wollen wir nicht einzelnen Aussprüchen derselben direct entgegentreten, und wollen wir nicht der sec. tab. b. p. eine ganz unbegreifliche Anomalie im Gegensatz zu den übrigen Theilen der b. p. zuschreiben, so müssen

---

auch überhaupt nicht einsehen, wie die Testatoren dazu hätten kommen sollen, solch ein unwirksames Prätorisches Testament zu errichten.

5) s. Bd. I. S. 174. u. §. 78. Note a.

6) Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari. adjungitur enim, ut secundum servorum, secundum exulum, secundum puerulorum tabulas possessio videatur ex edicto dari.

7) Nam si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed b. possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

wir den anderen, sichereren Weg wählen, den ich schon Bd. I. S. 170. hervorhob. Wir müssen annehmen, daß der Prätor sich anfangs bei mündlichen wie schriftlichen Testamenten ganz ans Civilrecht anschloß, alsdann erst erscheint es natürlich, daß der Prätor beim schriftlichen auch einen kleinen Schritt weiter ging, und es, wenn die Mancipationsförmlichkeiten fehlten, gegen die Cognaten schützte. Dieser Schritt ist an und für sich so unbedeutend, er gewährt nur so unsichere Aussicht auf Erfolg, daß er als ein ganz neu ohne den vorhergehenden ausgedachter ein wunderbares Beispiel unnatürlicher Rechtsgestaltung in der Römischen Geschichte bilden würde, während er, wenn man ihn sich an eine schon bestehende b. p. sec. tab. angeknüpft denkt, so unendlich natürlich ist. Seine Bedeutung hat er erst dadurch bekommen, daß er die Veranlassung des Rescripts von Mark Aurel wurde, aus dem sich das selbständige Prätorische Testament entwickelte.

Nach diesem Rückblick auf den ganzen geschichtlichen Verlauf der Testamentenlehre bleibt nur noch eine Frage zu erwähnen, nämlich ob die Nov. Theod. II. de test. (tit. XVI.) eine wesentliche Umgestaltung des bisherigen Rechtszustandes beabsichtigt habe oder nicht. Es ist in neueren Zeiten die Savignysche Erklärung wohl meist angenommen worden [8]), daß durch dies Gesetz das civile schriftliche Testament gar nicht aufgehoben werden sollte, indem von demselben gar nicht die Rede sei, und das Gesetz sich nur mit dem im Osten weit gewöhnlicheren Prätorischen, und nebenbei dem nuncupativen Testament beschäftige [9]). Bald sei denn auch das Mancipationstestament durch Nichtgebrauch im Osten ganz weggefallen, so daß Justinian durch alleinige Aufnahme des Theodosischen Gesetzes (l. 21.

---

8) Zeitschr. I. S. 87. ff. S. 92 ff. Dernburg. S. 262. Walter R. G. II. S. 245.

9) Dernburg hat die besondere Ansicht, daß dies nuncupative Test. vor sieben Zeugen erst durch dies Gesetz geschaffen sei.

C. de testam.) gar nicht den bisherigen Rechtszustand veränderte [10]).

Im Westen dagegen (wo dies 439 erlassene Theodosische Gesetz erst 448, also zwei Jahr nach der Nov. Valent. III. tit. XX. 1. publicirt wurde), sei das civile Testament noch viel verbreiteter gewesen, und habe sich hier, wenn auch die Mancipation dabei sich verlor, doch in den fünf Zeugen noch lange erhalten.

Mir scheint, daß die Sache anders aufzufassen sei. Eine unbefangene Durchlesung der ganzen Novelle führt uns allerdings, wie ich glaube, auf eine entschiedene Berücksichtigung des civilen schriftlichen Testamentes, so wie auch auf die Absicht des Kaisers dasselbe zurückzudrängen. Theodos beginnt damit, daß er den Privatleuten wieder vollkommene Freiheit im Testiren verschaffen wolle. Es sei nämlich für so Viele von Interesse, den Inhalt ihres Testaments zu verheimlichen, und in früherer Zeit sei auch demgemäß die Sitte des Testirens so eingerichtet gewesen, daß die Zeugen den Inhalt des Testaments nicht erfahren hätten.

> Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant, oblaturumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant.

Das deutet doch sehr bestimmt auf das Mancipationstestament und die dabei gesprochenen Worte:

> Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote [11]).

Diese frühere Sitte sei später hinweggefallen:

> Sed dum juris antiqui cautelam paullatim mutat posteritatis imperita praesumtio,

und es sei die Regel an die Stelle getreten, daß die Zeugen den Inhalt des Testaments zu agnosciren hätten. — Dies ist folgendermaßen zu verstehen. In der generalis nuncupatio, wie sie hinter der mancipatio familiae gesprochen wurde, hatte

---

10) Walter weicht darin ab, daß er erst in dieser l. 21. C. die Aufhebung des Civiltest. für den Osten findet.

11) Gai. II. 104. Isidor. Or. V. 24.

nach dem jus antiquum die cautela gelegen, daß die Zeugen den Inhalt des Testaments nicht erfuhren, jetzt aber forderte man nicht mehr das generelle perhiberi testimonium, mit Verweisung der tabulae — was ja der Kaiser ausdrücklich den veteres als etwas Vergangenes zuschreibt, m. a. W. die alte nuncupatio testamenti wurde nicht mehr vorgenommen. Und wenn man diese Formalität nicht mehr observirte, so kann man doch die familiae mancipatio noch viel weniger beibehalten haben.

Walter leitet die Rechtsänderung, daß die Zeugen vom Inhalte des Testaments Kenntniß erhielten, aus der Sitte ab, daß man sie auch im Inneren unterschreiben ließ[12]), aber das folgt doch noch nicht direct hieraus, und man läßt heutzutage noch manche Urkunde von Zeugen unterschreiben, ohne daß sie vom Inhalt etwas erfahren. Mir scheint die Erklärung, auf die schon Savigny[13]) hinweist, sehr viel natürlicher. Die generalis nuncupatio testamenti des Civiltestamentes, die der Kaiser zuerst erwähnt, veränderte sich so (mutat posteritatis imperita praesumtio), daß man die Aussprechung der Wortformeln, denen ja die Kaiserzeit seit Constantin so abhold war, wegließ[14]), dagegen aber die Mittheilung des materiellen In-

12) Huschke Zeitschr. f. gesch. R. W. XII. S. 200. ff.

13) Zeitschr. I. S. 88.

14) Mir scheint es durchaus das Natürlichste, mit dem Wegfallen der nuncupatio testamenti zugleich auch das Verschwinden der familiae mancipatio anzunehmen, da Beide ja schon früher so durchaus gleichartig behandelt wurden (Gai. II. 119.), und man überhaupt, als sich die neue Sitte der Mittheilung des Inhalts geltend machte, diese offenbar als ein vollkommenes Aequivalent für alle bisherigen veralteten Formalitäten behandelte. — Diese Umgestaltung des schriftlichen mußte dann aber auf das civile mündliche Testament die Rückwirkung haben, daß man auch hier die Mancipation als unnütze Formalität abstreifte; und zu Theodos II. Zeit können wir sie also wohl als gänzlich antiquirt ansehen. — Nur ist der Unterschied zwischen dem schriftlichen und mündlichen Civiltestament, daß bei Letzterem trotz des Wegfallens der Mancipation stets die sieben Personen als Zeugen blieben, während beim schriftlichen der libripens und fam. emtor zugleich mit den Formalitäten verschwanden. Dies hat seinen Grund darin, daß man von jeher ein schrift-

halts des Testamentes an die Stelle setzte. Und diese Sitte mag denn auch auf das Prätorische Testament übertragen worden sein, jedenfalls aber war sie hier kein nothwendiges Erforderniß für die Gültigkeit des Testaments, weil es von Anfang an die Mancipationsförmlichkeiten nicht erforderte, also auch das, was an die Stelle derselben getreten war, nicht zu einem nothwendigen Requisite werden konnte.

Der Kaiser will diese Mittheilung des Inhalts nun aufheben, und zu dem Zweck stellt er eine Alternative auf:

a. (§. 2.—5.) Wenn der Testator den Inhalt seines Testaments verheimlichen will (si nullum scire volunt, quae in eo scripta sunt), so soll es ihm freistehen ein schriftliches Testament zu machen (licere per scripturam conficientibus testamentum), welches dann, wenn es von sieben Zeugen subscribirt [15]) und signirt ist, vollkommene Gültigkeit hat, ohne daß die Zeugen die Mittheilung des Inhalts verlangen können. Die genaueren Formen dieses schriftlichen Testamentes (es ist offenbar das bisher sog. Prätorische) werden dann festgestellt, und wo diese fehlen, also namentlich nur fünf Zeugen da sind, da soll es ein imperfectum testamentum sein, welches keine Kraft hat (Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos habeatur, non volumus). Nur in einem Falle soll nach §. 7. dies imperfectum testamentum vor fünf Zeugen noch Kraft

liches Testament mit fünf Siegeln für ein gültiges Civiltestament ansah, und jetzt die Sitte, daß nur die fünf Zeugen besiegelten, ganz allgemein geworden war. Als man daher nun die Mancipationsformalitäten durch Vorlesung des Inhalts ersetzte, mußten auch jene beiden Personen als ganz unnütz nach und nach verschwinden. Beim mündlichen Testament dagegen war es eben nur eine Rückwirkung der Umgestaltung des schriftlichen, daß man die Mancipation allerdings wegließ, aber da hier nicht die besonderen Gründe, wie beim schriftlichen vorlagen, so war es sehr natürlich, daß man den bisherigen libripens und familiae emtor auch fernerhin als nothwendige Zeugen beibehielt, und sich also hier die Siebenzahl der Zeugen eben so findet, wie beim Prätorischen Testamente.

15) Wenn die subscriptio die Veranlassung wäre, den Zeugen den Inhalt des Testaments zu verrathen, so hätte ja der Kaiser gerade diese aufheben müssen, während er sie umgekehrt bestehn läßt.

haben, wenn nämlich darin im Gegensatz zu einem frühern perfectum die nächsten Intestaterben eingesetzt sind.

b. (§. 6.) Wenn aber der Testator ein nuncupatives Testament errichten will, d. h. kein Interesse hat, den Inhalt desselben zu verheimlichen, so soll dies nicht anders gelten, als vor sieben Zeugen. (Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes etc.)

Mir scheint hiernach aus doppeltem Grunde die Absicht des Kaisers ersichtlich, daß er das civile Testament von fünf Zeugen, bei dem statt der früheren Mancipationsformalitäten die Mittheilung des Inhalts Regel geworden war, positiv aufheben will. Erstlich führt er für das schriftliche Testament gar nicht erst die sieben Zeugen ein, sondern er legt eben nur das Prätorische Testament zum Grunde, und erkennt dabei ausdrücklich an, daß der Inhalt desselben unbekannt bleiben dürfe [16]), aber indem er nun jedes andere Testament für imperfectum und ungültig erklärt, indem er das imperfectum vor fünf Zeugen nur in dem besonderen Falle anerkennt, wenn es als posterius die Intestaterben ruft [17]), so liegt doch darin, daß er im Uebrigen das Testament vor fünf Zeugen nicht mehr dulden will. Zweitens. Die Art, wie nun dem Prätorischen das nuncupative Testament gegenübergesetzt wird, zeigt den durchaus präceptiven Charakter, den das Gesetz in Beziehung auf dies Letztere annimmt. Zuerst heißt es: licere per scripturam conficientibus testamentum, — — rogatis testibus septem offerre, also diese sieben Zeugen sind das alte Prätorische Testament, der Kaiser bestimmt dabei nur, daß es erlaubt sein soll, so zu testiren, ohne den Inhalt des Testaments mitzutheilen. Nachher aber lauten die Worte: Per

16) Weil durch Gewohnheitsrecht die Mittheilung des Inhalts beim civilen Testamente nothwendig geworden war, so scheinen Zweifel entstanden zu sein, ob dies auch ebenso beim Prätorischen anzunehmen sei. Der Kaiser verneint dies nun ausdrücklich.

17) Es ist sonderbar, früher hatte gerade das Prätorische dem civilen Testament gegenüber nur in jenem Ausnahmsfall rumpirende Kraft (§. 152. Note 10.), jetzt dreht es Theodos gerade um, und erkennt das civile nur noch in diesem Falle an.

nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, non alias valere sancimus, nisi septem testes audierint[18]. Da nicht daran zu denken ist, daß hier das nuncupative Testament vor sieben Zeugen erst geschaffen werde, so können die Worte nur heißen, daß dieses nuncupative Testament von jetzt an allein gelten soll, also eine andere Testamentsform hiermit aufgehoben wird. Nun aber ist das civile schriftliche Testament vor fünf Zeugen, dessen Inhalt, wie Theodos sagt, mitgetheilt werden mußte, im Grunde nichts als ein mündliches, und der Kaiser will eben nur das nuncupative vor sieben Zeugen fernerhin gelten lassen.

Also sowohl die Art, wie Theodos das bisherige Prätorische, als auch wie er das bisherige nuncupative darstellt, zeigt, daß er das civile schriftliche vor fünf Zeugen nicht mehr anerkennen will. Sein Gedankengang ist offenbar der: entweder will Jemand seinen letzten Willen verheimlichen, dann mag er jure praetorio testiren, oder er hat nicht das Interesse der Geheimhaltung, dann soll er das alte nuncupative Testament vor sieben Zeugen errichten, und dies nicht durch die Berufung auf das civile vor fünf Zeugen umgehen dürfen.

Gesetzlich war also dies letztere Testament hiermit verboten, und Justinian hat ganz dem Sinne des Gesetzes gemäß ihm die Stellung in der Compilation angewiesen, die es beabsichtigte. Aber ob es auch gleich im Leben die Sitte des Testirens umgestaltet hat, ist eine andere Frage. Im Occident hat man es nie anerkannt, darüber ist nach den von Savigny angeführten Stellen kein Streit. Sehr viel mag dazu beigetragen haben, daß in der sieben Jahre späteren Novelle Valentinians, wie wir oben gesehen haben, das civile Testament neben dem Prätorischen und nuncupativen noch durchaus anerkannt wird, wonach man sich auch ferner richtete, wenn gleich

18) Savigny bemerkt diese Verschiedenheit des Ausdrucks sehr wohl (S. 94), erklärt sie aber daraus, daß beim mündlichen Testament die Mancipationsförmlichkeiten damals schon außer Uebung waren, also libripens und familiae emtor ganz als Zeugen galten. Dies Wegfallen der mancipatio gebe ich vollkommen zu (indem ich es ja auch für das civile schriftliche Testament annehme), aber ich kann nicht finden, daß damit sich jene Worte erklären lassen.

das Theodosische Gesetz nebst mehreren anderen zwei Jahr später in Rom publicirt wurde. So erklären sich das oben citirte Edictum Theodorici, die westgothische Interpretatio, und die Lex Romana Burgundionum.

Ja noch viel mehr, auch im Justinianeischen Rechte finden wir, wie mir ganz unleugbar scheint, das schriftliche Civiltestament vor fünf Zeugen noch fortbestehen; es ist das sog. testamentum ruri conditum, das Justinian ausdrücklich nur für die Gegenden anerkennt, wo es nach althergebrachter Gewohnheit noch in Uebung sei, und welches er mit der allgemeinen l. 21. C. de test. dadurch in Einklang bringt, daß er es nur dann zuläßt, wenn in diesen Gegenden sich keine sieben Zeugen zusammenbringen ließen [18a]). Der genaue historische Zusammenhang erhellt auch namentlich daraus, daß Justinian die ausdrückliche Mittheilung des Inhalts (welche das aus dem Wegfallen der Mancipationsförmlichkeiten hervorgegangene besondere Requisit des Civiltestamentes war, und die natürlich da, wo es sich überhaupt erhielt, auch bestehen blieb), ganz speciell als eine auch ferner zu befolgende Regel einschärft. Ich kann die Worte der l. 31. C. de testam. hiernach ohne allen weiteren Commentar folgen lassen:

> **Et ab antiquis legibus, et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est, et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Quum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta est, homines rustici et quibus non est literarum peritia, quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideo ad Dei humanitatem respicientes, necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire. Sancimus itaque, in omnibus quidem civitatibus et in castris orbis Romani,**

18a) Dernburg (S. 264.), der dies schon bemerkt hat, verwirrt es nur wieder dadurch, daß er es für sein nuncupatives Testament der späteren Zeit hält, welches vor fünf Zeugen auch ohne alle tabulae und mit beliebiger Anzahl Signationen hätte gemacht werden können

ubi et leges nostrae manifestae sunt, et literarum viget scientia, omnia quae in libris nostrorum Digestorum seu Institutionum, et imperialibus sanctionibus, nostrisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari, nullamque ex praesente lege fieri innovationem. In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines literati, per praesentem legem rusticanis concedimus, antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere [19]), ita tamen etc. — — — Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhibere jubemus; minus vero nullo modo concedimus. Si vero unus vel duo vel plures scierint literas, liceat eis pro ignorantibus literas, praesentibus tamen, subscriptionem suam imponere, sic tamen ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris jurati deponant. Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo, legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat [20]).

19) Man sieht aus der ganzen Darstellung, daß nur in den Städten das schriftliche Testament vor sieben Zeugen, welches noch bei den Basilikenscholiasten testamentum Praetori cognitum (Heimbach IV. p. 86. ὅτι ἡ διαθήκη γνωρίζεται τῷ πραίτωρι) heißt, allgemein Eingang gefunden hatte, wogegen auf dem platten Lande auch im Orient das Civiltestament vor fünf Zeugen im Gebrauch geblieben war, denn im Jahre 534. war ja der Occident, namentlich Italien nicht unter Justinians Botmäßigkeit, so daß er von diesen Ländern nicht sprechen kann.

20) Sehr merkwürdig ist noch die Bemerkung des Basilikenscholiasten (XLV. 1. 3. Heimbach IV. p. 471.): Consuetudo autem in omni testamento etiam quinque testes admisit. (ἡ δὲ συνήθεια ἐπὶ πάσης διαθήκης καὶ πέντε μάρτυρας ἐδέξατο). — Danach scheint also, während Justinian das Prätorische Testament (abgesehen vom nuncupativen) als alleiniges Recht festhalten wollte, dennoch das gesetzliche Recht nie durchgedrungen, und das sog. testamentum ruri conditum nicht als ein Ausnahmsrecht, sondern ganz in der Stellung des früheren schriftlichen Civiltestaments bestehen geblieben zu sein.

§. 134. Die Intestatsuccession.

Nach der weitläuftigeren Darstellung, welche Veränderungen sich in der späteren Kaiserzeit mit der testamentarischen Succession zugetragen haben, ist hier nur mit kurzen Worten der Intestaterbklassen zu gedenken. Ich habe oben schon die Gründe angegeben, weßhalb ich diesen an und für sich weitläuftigen Gegenstand aus diesem Werke ausschließe [1]). Es ist bei ihm schon von vorn herein am ersten zu ersehen, was ich oben auch für das Notherbenrecht und die testamentarische Succession angegeben habe, daß ein einziger Begriff des Erbrechts besteht, in vier allgemeine Klassen (der Descendenten, legitimi, cognati und vir et uxor) vertheilt; daß es allerdings einige Unterschiede macht, namentlich in Bezug auf die Erbantretung, ob innerhalb dieser Klassen jure civili oder praetorio succedirt wird, daß dies aber eine materielle Scheidung des civilen und prätorischen Rechtes durchaus nicht mehr hervorruft.

Wir sehen dies schon aus der Darstellung jenes im §. 127. Note 6. angeführten Diocletianschen Rescriptes, wie auch aus den mancherlei von der Intestatsuccession handelnden Stellen, welche oben bei der Entwicklung des neu entstandenen Begriffs der successio benutzt wurden.

Die drei ersten Klassen der Intestatsuccession strebten insgesammt dahin, lediglich aus dem Principe der Cognation normirt zu werden. Die Kaiser haben diesem Ziele sich nur sehr langsam und unvollständig genähert, und erst Justinian hat in Nov. 118. gethan, was schon mancher Kaiser vor ihm hätte thun können, um so weniger aber kann man sich wundern, daß, wenn sie das viel Wichtigere, den Unterschied zwischen Agnation und Cognation noch immer mit sich fortschleppten, sie weit weniger daran dachten, die im Verhältniß unbedeutenden Unterschiede zwischen Civil- und Prätorischem Erbrecht ganz zu vertilgen, da sich beide der Hauptsache nach schon von selbst verschmolzen hatten.

Aus dieser Verschmelzung erklärt sich, daß z. B. Stellen wie l. 20. C. de episc. et cler. (v. Theod. II. u. Valent. III.) eine Gesammtübersicht über sämmtliche Erbklassen liefern, ohne

1) s. darüber z. B. v. Vangerow Leitfaden 1. §. 408—410.

des Unterschiedes zwischen heredes und b. p. auch nur irgend zu erwähnen [2]), daß dieselben Kaiser an einer anderen Stelle statt wie in der ebenangeführten alle Klassen aufzuzählen, den Fall, wenn Jemand ohne civilen und Prätorischen Erben stirbt, kurz so bezeichnen: si sine herede moriantur [3]). Von ganz demselben Fall heißt es in der Nov. Anthemii tit. 3. „qui sine herede putabatur, wobei denn auch in §. 1. die ganze Intestatsuccession legitima successio genannt wird. Und ganz analog umschreibt Majorian die Intestatsuccession folgendermaßen: si is, qui nulla testatori propinquitate conjungitur, neque ex iis personis est, quibus etiam ab intestato deferri quocunque gradu vel titulo poterat antiquo jure successio [4]). Das Prätorische und Civilrecht, durch die Rechtswissenschaft zusammengearbeitet, erscheinen hier der späteren Zeit als ein einziges Ganzes, als jus antiquum, als lex, und der eigentliche Unterschied zwischen Beiden ist schon vorherrschend ein historischer, der hauptsächlich nur zur Erläuterung der doppelten im Erbrecht gebräuchlichen Wörter dient [5]).

2) Si quis — nullo condito testamento decesserit, nec ei parentes utriusque sexus vel liberi, vel si qui agnationis cognationisque jure junguntur, vel uxor exstiterit etc.

3) l. 4. C. de hered. decur.

4) Nov. Majoriani tit. 6. §. 11. So sagen auch schon Theodos und Valent. von den Ehegatten: ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant. l. un. C. unde vir et uxor.

5) Besonders lesenswerth ist auch noch l. 7. Th. C. de legit. her. v. Theodos II. und Valentinian III. — — Nunc vero parentibus exstantibus et propinquis ab intestato venire conjuges prohibemus. Itaque nulla mentio prioris legis sit, si qua hoc medio brevique tempore contigisse alicui dicatur conjugis ab intestato hereditas; et lege proposita divulgetur, omnem hujusmodi spem successionis, quae ab intestato defertur, conjugibus deponendam, nisi si ille casus emerserit, ut nemo de propinquis successionem mortui vindicare possit ex lege, cum fisco nostro qualiacunque jura matrimonii praeponamus. Hier sind alle Klassen der Intestatsuccession (außer der der Kinder), obgleich aus so verschiedenen Quellen entstanden, als ganz gleichartig neben einander gestellt. S. auch noch namentlich l. 1. u. 4. Just. C. de bon. vacant.

Drittes Kapitel.

Veränderungen in den formellen Agnitionsregeln.

§. 135. Schon unter Diocletian zeigt sich der materielle Begriff der b. p. als ein ganz anderer, wie er aus den Schriften der klassischen Juristen ersichtlich ist. Es mußte dies nothwendig auch auf die formellen Erwerbsregeln des Prätorischen Erbrechts seine Einwirkungen äußern. Die Veränderungen, welche die Kaiser hierin getroffen haben, sind insgesammt (wir werden das bei jeder einzelnen leicht erkennen) nicht mit dem Zwecke getroffen, civiles und Prätorisches Erbrecht zu verschmelzen, sondern sie erklären sich gerade umgekehrt daraus, daß diese Verschmelzung bereits vorliegt, und es danach nun auch nothwendig wird, eine größere practische Gleichheit bei der Antretung des civilen sowie des Prätorischen Erbrechts herzustellen. Wenn die Kaiser auf eine directe Vereinigung Beider ausgegangen wären, so wäre das ja so leicht gewesen, aber sie halten geradezu gewisse Unterschiede zwischen beiden nicht ungern fest, weil, wie ich schon oben angab, sämmtliche practische Rechtsquellen die Trennung von heredias und bonorum possessio voraussetzen, und eine völlige auch äußerliche Zusammenschmelzung jene Quellen dem leichten Verständniß weit mehr entrückt haben würde, als wenn man einzelne Unterschiede von nicht großer Wichtigkeit unter ihnen aufrecht erhielt.

Wir werden dies im Folgenden mehrfach zu bemerken Gelegenheit haben, und also das Resultat gewinnen, daß eine völlige Verschmelzung des civilen und Prätorischen Erbrechts vor Justinian nicht erlangt worden ist; aber die Zeit drängte doch immer mehr dahin, auch in Bezug auf die Antretung des Erbrechts eine gänzliche Gleichheit eintreten zu lassen, und wir finden auch davon schon einige wohl zu beachtende Spuren, indem in einzelnen Fällen die Kaiser ausdrücklich erklären, es solle eine Agnition der b. p. nicht mehr nöthig, und eine ganz formlose hereditatis aditio völlig genügend sein. Die Fälle selbst sind durchaus willkührliche, und es hätte ebensogut auch zufällig ganz andere treffen können.

So werden wir aus Allem uns das Bild construiren können, daß die Kaiser in unserer Lehre nicht mit bewußter und wohlberechneter Ueberlegung die Rechtsfortbildung leiten, sondern sich ganz leiten lassen von dem, was, als der Aenderung bedürftig, entweder schon ein ganz oberflächlicher Blick oder der reine Zufall ihnen darbot. —

Die kaiserlichen Gesetze, welche sich auf die Antretung des Prätorischen Erbrechts beziehen, beginnen mit Constantin. Ich werde dieselben ganz nach der Zeitfolge, wie sie gegeben wurden, dem Leser vorführen, aber ich muß, wenn die Untersuchung verständlich und fruchtbringend sein soll, zwei andere Lehren mit hineinziehen, die cretio und die missio ex edicto divi Hadriani, welche, wie wir nachher sehen werden, in genauem historischen Zusammenhange mit der Entwicklung der Prätorischen Agnitionsregeln stehen. Es bedarf aber zu dem Ende, ehe wir das erste Constantinsche Gesetz kennen lernen, noch folgender Vorbemerkungen:

Zur Zeit Diocletians bestanden, wie wir oben gesehen haben, als Erwerbungsarten der successio, d. h. des definitiven Erbrechts die drei Formen: cretio, pro herede gestio, und agnitio bonorum possessionis. Jene ersteren Beiden werden auch zusammengefaßt unter dem Namen der hereditatis aditio. Betrachten wir alle drei noch etwas genauer, indem wir mit der letzten beginnen:

1) die Agnition der b. p. ist zu Diocletians Zeit durchaus nicht mehr, wie ich das oben ausführte, eine durch

das freie Ermessen des Prätors überwachte Handlung, nicht mehr die eigenthümliche, zum Zweck einer raschen Erbschaftsregulirung eingeführte, Ertheilung eines besonderen Erbrechtsbesitzes. Dies directe Eingreifen der Beamten, die absichtliche Constituirung eines interimistischen Repräsentanten, bis der säumige wahre heres sich meldet, ist weggefallen. Die b. p. ist ebenso definitives Erbrecht geworden wie die hereditas, nur eben mit der Eigenthümlichkeit, daß, wer davon Gebrauch machen will, sich beim Magistrat in bestimmter Zeit melden muß, während dies bei der hereditas nicht nöthig ist. Aus dieser Agnition geht dann aber, ebenso wie bei der hereditatis aditio, die successionis vindicatio hervor, und die Agnition hat nur noch außerdem die besondere Folge, daß sie zu einem eigenen possessorischen Rechtsmittel, dem Int. quor. bon. berechtigt, welches bei der her. aditio nicht der Fall ist, und deßhalb war auch noch jetzt, wie zu Gaius Zeit, die Agnition für den Civilerben von Interesse.

Die Agnition war also zu Diocletians Zeit allerdings etwas ganz Anderes als früher, aber es war das eine innere Veränderung, hervorgerufen dadurch, daß die Handhabung der b. p. eine andere geworden war, daß das Prätorische Erbrecht jedem aus einer anderen Rechtsquelle deferirten Erbrecht sich gleichgestellt hatte, d. h. ein Complex von Rechtsregeln war, nach welchem die Erbrechtsprocesse entschieden wurden, nicht mehr ein System, nach welchem der Prätor meist ohne allen Proceß die Erbschaftsangelegenheiten regulirte.

Dagegen hatte sich äußerlich an der Agnition noch nichts verändert. Es müssen für dieselbe nach Prätorischem Edict noch besondere Formvorschriften bestanden haben, die wir nicht mehr kennen, da Justinian nach dem damaligen Rechtszustande sie in die Compilation nicht aufnehmen konnte. Dennoch deuten uns die Quellen mehrfach darauf hin, und Einiges läßt sich schon aus einem natürlichen praktischen Bedürfniß von vorn herein vermuthen. Daß der Prätor z. B. eine in hergebrachten Wortformeln je nach den verschiedenen Klassen abgefaßte Urkunde [1]) dem b. possessor zu seiner Legitimation einhän-

---

1) Namentlich wohl mit Bemerkung des Todestages und der Agnitions-

digte, scheint mir dem Römischen Wesen sehr zu entsprechen. Bei der Menge der Agnoscirenden konnte er selbst doch unmöglich im Gedächtniß behalten, ob sie Alle auch wirklich vor ihm erschienen waren [2]).

Doch sei dem wie ihm wolle, daß eine gewisse Formalität bestand, zeigen die Quellen mit Sicherheit. So haben wir schon mehre Diocletiansche Stellen an einem anderen Ort kennen gelernt, worin von dem solenniter petere als geltendem Recht die Rede ist [3]). Dasselbe geht aus der später noch genauer zu erörternden l. 9. C. qui admitti hervor, wonach von jetzt an qualiscunque testatio amplectendae hereditatis genügen soll, was also früher anders gewesen sein muß; und mit Rücksicht hierauf hebt Justinian im §. 10 I. de b. p. es nochmals besonders hervor, daß quocunque modo admittendi eam indicium genügen soll [4]).

Neben diesen Formen bestand auch noch immer die sich aus der früheren Prätorischen Zeit erklärende Regel, daß die Agnition vor dem competenten Richter geschehen müsse, was noch ein Rescript von Constantius aus dem Jahre 305 anerkennt [5]).

2. Die pro herede gestio ist an und für sich die Erwerbung der Erbschaft durch factische Handlungen, und dem stellte man auch gleich, ohne eine besondere Klasse daraus zu machen, die Antretung durch bloße Willenserklärung [6]), welche man heutzutage hereditatis aditio im engern Sinne nennt. Mir scheint der oben schon geäußerte Gedanke sehr erklärlich, daß die Römer früher meinten, wo nicht die besonderen For-

---

zeit, worauf ja hinterdrein so viel für die Frage ankommen konnte, ob zur rechten Zeit agnoscirt sei.

2) Ein Erbschaftsfall konnte sich ja auch durch das Amt mehrer Prätoren hindurchziehen.

3) s. oben §. 132. Note 4. und 5.

4) So auch l. 7 §. 3. C. de curat. fur. — quum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata est, et ab ea introducta observatio pro antiqua sufficit petitione.

5) l. 7. C. qui admitti. — competens judex dedit bonorum possessionem.

6) s. oben §. 128. zu Note 8—12.

men nöthig seien, da müsse der Erbe wenigstens durch factische Einmischung seinen ernsten Willen darthun. Um die pro herede usucapio auszuschließen, war entschieden Besitzergreifung der Erbschaftssachen nöthig (Bd. I. S. 29), die Erbantretung muß gleichsam der Anfang sein, wodurch man die Erbschaft an den Tag legt, die pro herede usucapio unmöglich zu machen. Freilich muß, wenn man seinen Willen in einer feierlichen Rechtsform, der cretio, vor Zeugen [7]) erklärt, dies als genügende Ernstlichkeit, den Usucapienten entgegentreten und die Gläubiger befriedigen zu wollen, erscheinen; aber eben, wo diese cretio nicht eintritt, da entsprach es ganz dem Wesen des älteren römischen Rechtes, daß man nicht die nuda voluntas suscipiendae hereditatis für genügend ansah, sondern zugleich schon den Anfang der Besitzergreifung der ganzen Erbschaft oder irgend eine factische Einmischung für nöthig erklärte [8]). So erst wird die Römische Ausdrucksweise verständlich, wonach neben die cretio immer nur die pro herede gestio gestellt, und zu letzterer auch die erst später für genügend erachtete formlose Willensäußerung gerechnet wird.

3) In welchem Verhältniß nun aber die cretio zu dieser pro herede gestio in früherer Zeit gestanden habe, ist nichts weniger als klar. Es wird vielfach heutzutage bei der cretio nur an die vom Testator angeordnete, mit einer Ausschließungsfrist verbundene, Antretungsform gedacht, und so ist auch in unserem ersten Bande von derselben als einem durch die Sitte der Testatoren aufgekommenen Aushülfsinstitute die

7) Varro de lingua lat. VI. 81. (ed. Müll.). Cicero ad Att. XIII. 46.

8) Noch Labeo muß dies angenommen haben, denn er meinte sogar, daß wenn Jemand schwört (in Folge der Anordnung des Testators), er wolle Erbe sein, dies noch keine genügende Antretung sei. In der Folgezeit erst hat sich dies geändert, wie die späteren Juristen ausdrücklich bezeugen. fr. 62. pr. de acq. her. (Javol.) Antistius Labeo ait: si ita institutus sit: „si juraverit, heres esto," quamvis juraverit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit, quia jurando voluntatem magis suam declarasse videatur. Ego puto, satis eum pro herede gessisse, si ut heres juraverit. Proculus idem, eoque jure utimur.

Rede gewesen, wodurch man wenigstens in gewissen Fällen die Mängel abzustellen suchte, welche dann erst vollständig die b. p. vertrieb. Aber als das durch den Willen der Testatoren Festgestellte ist doch eigentlich nur die Cretionsfrist recht denkbar, nach deren Ablauf dann ein anderer gerufen werden soll. Daß nun ganz gleichzeitig hiermit und gerade nur aus diesen Anordnungen der Testatoren sich eine ganz neue Antretungsform entwickelte, welche auch lediglich in diesen beschränkten Gränzen geherrscht hätte, scheint mir eine Annahme voll von Unwahrscheinlichkeiten. Das Interesse der Testatoren ging ja nur darauf, daß eine Frist und eine successio mehrer Grade bestände, wie soll man sich denken, daß die Testatoren darauf gekommen wären, von dem in die Frist Eingeschlossenen eine ganz eigenthümliche bis dahin nicht bekannte Antretungsart zu verlangen. Und wenn wir auch zugeben wollten, daß sich in dieser Weise die Entstehung der neuen Antretungsform denken ließe, daß also bis dahin nur die pro herede gestio den Römern bekannt war, wie soll es sich erklären, daß die Anordnung der Cretion etwas so Nothwendiges wurde, daß die Testatoren, wenn sie überhaupt eine Frist anordnen wollten, dies nicht anders als durch Anordnung einer Cretion konnten, daß sie nicht auch bloß die pro herede gestio in einer gewissen Zeit hätten vorschreiben dürfen? Ueberhaupt ist doch auch nicht zu bestreiten, daß wenigstens in der Weise die cretio von jeher eine allgemeine Antretungsform der Erbschaft war, daß auch wenn sie nicht vom Erblasser vorgeschrieben war, der Erbe, falls er diese Form vorzog, damit eine vollkommen gültige hereditatis aditio vornahm [9]), und da, wie wir eben zeigten, die ganz formlose Willenserklärung erst einer späteren Zeit angehört, so war dies früher von sehr großer Bedeutung, denn wenn ein berufener heres abwesend war, und eine factische Einmischung in die Erbschaft (pro herede gestio) nicht möglich machen konnte, so ließ sich doch wenigstens durch Vornahme der Cretion vor ein Paar Zeugen die Antretung bewerkstelligen.

9) Gai II. 167. At is qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato jure legitimo ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo — — heres fieri. Dies hebt mit Recht Huschke Studien I. S. 254. hervor.

Hiernach leuchtet schon das ein, daß cretio und Cretionsfrist, wenn auch die letztere nicht ohne die erstere vom Testator angeordnet werden kann, doch in der Weise von einander zu trennen sind, daß es eine Cretion auch ohne die Anordnung im Testament giebt. Es ist also völlig unwahrscheinlich, daß das ganze Institut der Cretion erst aus der Sitte der Testatoren, Deliberationsfristen anzuordnen, entstanden sein sollte. Dagegen ist die historische Entwickelung eine durchaus natürliche, wenn man sich den Hergang umgekehrt denkt.

Es ist dem Charakter des alten römischen Rechts durchaus angemessen, daß, da alle Rechtsgeschäfte unter solennen Errichtungs-Formen standen, auch die hereditatis aditio solchen unterworfen war. Daß für diese die nuda voluntas suscipiendae hereditatis von jeher genügt hätte, scheint mir fast eine Undenkbarkeit, ja auch daß schon von Anfang an die pro herede gestio neben der formellen Antretung bestanden hätte, dünkt mir unwahrscheinlich. Bei den zunächst Stehenden, den sui, erklärte das Recht alle Antretung für unnütz, aber den Entfernteren, Agnaten, Gentilen und den scripti heredes, mag Anfangs wohl allgemein die Pflicht der cretio obgelegen haben [10].

Ich kann dies freilich nicht aus den Quellen beweisen, aber erst durch diese Annahme gewinnt die spätere Gestalt der cretio ihre Erklärlichkeit. So erst kommen wir von selbst zu dem Resultate, daß, als sich schon in ganz alten Zeiten das Bedürfniß zeigte den scriptus heres in eine Deliberationsfrist einzuschließen, ihm natürlich vorgeschrieben wurde, in dieser Zeit die cretio, d. h. die einzige damals bestehende Erbantretung vorzunehmen; und so kann man denn auch begreifen, daß

---

10) Dasselbe vermuthet schon Mühlenbruch in seiner Ausgabe der Heineccischen Antiquitates S. 446. Note 1., indem er noch besonders hervorhebt, daß unter den actus legitimi des fr. 77. de reg. jur. die her. aditio aufgezählt wird, was nur die cretio bedeuten kann. Isidor. Or. V. 9. — Jus Quiritium est proprie Romanorum, quod nulli tenent, nisi Quirites, id est Romani, tanquam de legitimis hereditatibus, de cretionibus etc. s. auch ebendas. V. 24.

selbst später, als die cretio nicht mehr die einzige Art der hereditatis aditio war, an dem einmal hergebrachten Satze festgehalten wurde, daß der Testator, der eine Deliberationsfrist anordnen wolle, dies mit der Anbefehlung der cretio zu verbinden habe [11]).

Man erkannte nun, wohl noch am Ende der Republik, an, daß im Allgemeinen die pro herede gestio der cretio gleichstehen solle, aber die Punkte, in denen die letztere bestehen blieb, zeigen recht deutlich, daß es Ueberreste aus alter Zeit sind, wo die cretio eine größere Ausdehnung gehabt haben muß, da es, soviel ich wenigstens sehen kann, gänzlich unerklärlich ist, wie diese Punkte als einzelne singuläre hätten entstehen können. Die Fälle nämlich, worin zur Zeit der klassischen Juristen die cretio vorkommt, sind folgende drei. Zwei davon wurden eben bereits erwähnt:

a) Jeder heres kann, wenn er will, durch cretio die Erbschaft erwerben. (Note 9)

b) Wenn der Erblasser Jemanden cum cretione eingesetzt hat, so wird freilich regelmäßig in dieser Form die Erbschaft angetreten, aber die pro herede gestio hat sich auch hier ihr fast ganz gleichgestellt [12]).

c) Neben diesen beiden Fällen, worin die cretio durch pro herede gestio ersetzt werden kann, steht ein dritter, ihnen darin ungleichartig, daß hier die cretio vorgenommen werden muß, wenn die hereditas erworben werden soll. Sobald nämlich ein Haussohn oder servus eingesetzt wird, so bedarf es, nach vorgängigem jussus des Hausvaters oder des Herrn, der cretio, auch wenn der Testator dieselbe gar nicht anbefohlen hat [13]). Es hat hier seine guten Gründe, daß die bloße

11) In dieser Gestalt kommt wenigstens in den Vorjustinianeischen Quellen die Anordnung einer Antretungsfrist lediglich vor, während freilich in den Pandekten z. B. in fr. 72. de acq. her. für das cernat, welches der Jurist geschrieben haben wird, adeat gesetzt werden mußte.

12) Gai. II. 178.

13) v. Löhr, Magazin III. S. 141. bemerkt dies bereits mit Berufung auf Cic. ad Attic. XIII. 46. 47. u. l. 1. Cod. Gregor de patr. pot. (XIII. 1.). s. auch Schilling Bem. über Röm. R. G. S. 200.

factische Einmischung für nicht genügend gehalten wurde, es bedarf erst einer ausdrücklichen Willenserklärung von Seiten des Hausherrn, in Folge deren auch die Handlung der hausunterthänigen Person sehr natürlicher Weise eine ausdrückliche Willenserklärung sein muß, und dafür hat sich denn aus der Zeit, wo die nuda voluntas noch nicht zur Antretung genügte, die solenne Cretionsform, weil man dies für den Haussohn und Sklaven für passend hielt, stets erhalten [14]). Als daher für die Haussöhne die Möglichkeit aufkam, ab intestato berufen zu werden, so wurde die cretio auch auf diese Fälle übertragen. Dies beweist eben, daß sie eine allgemeine Vorschrift für die hausunterthänigen Personen war, und nicht die besondere Anordnung im Testamente voraussetzte. —

Nach diesen Bemerkungen wird uns die folgende Darstellung verständlich werden. Die Fortbildung der Prätorischen

---

Note 545. — Hierfür muß auch noch (s. Huschke a. a. O.) Gaius II. 185—190 angeführt werden, der offenbar beim servus die cretio für nothwendig hält, denn wenn er auch mit dem Worte adire hereditatem abwechselt, so ist daraus kein Gegengrund zu entnehmen, da dies nur der allgemeine Ausdruck ist, unter den auch das cernere fällt. — Interessant ist auch fr. 25. de acq. vel om. her., von der es sich beweisen läßt, daß Ulpian in der ganzen Stelle vom cernere gesprochen hat. Es heißt nämlich im §. 7: aut quid, si petitam bonorum possessionem ratam habuit, mox filius adeat hereditatem. Ulpian kann adeat gar nicht geschrieben haben, weil das als ein ganz unbestimmter Ausdruck Beides, das pro her. gerere und das cernere, umfaßt. Pro herede gerat kann er aber nicht geschrieben haben, weil das schon in der Agnition der b. p. liegt (l. 12. C. de jure del.), also nicht noch besonders nachfolgen kann. Er muß also cernat geschrieben haben. Das cernere mußten die Compilatoren in dieser und anderen Stellen ebenso streichen, wie in l. 7. C. de jure del. (s. oben §. 128. Note 13.).

14) Umgekehrt aber freilich stellte sich der Satz fest, daß der Vater mit Einwilligung des Sohns durch pro herede gestio erwerben könne. l. 4. C. de jure del. (Decius. 250.) Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solenitati juris satisfactum videri, saepe rescriptum est. Mit den Worten solennitati juris ist offenbar auf die eigentlich auch hier erforderliche cretio gedeutet. — Aehnlich wie im Texte erklärt auch Huschke a. a. O. das Bestehen der cretio bei den hausunterthäni-

Agnitionsregeln geht nämlich Hand in Hand mit der allmählligen Aufhebung der cretio. Aber es wird hiebei immer nur der dritte von den eben angeführten Fällen genannt, und es kann uns das nicht auffallen, da in den anderen beiden die cretio schon zur Zeit der klassischen Juristen keine Nothwendigkeit mehr war. Die Kaiser konnten es also ganz der Sitte und den Privatleuten überlassen, ob sie noch besonders cernere oder bloß pro herede geriren wollten. Wie lange in dieser Weise das cernere noch vorgekommen ist, weiß ich nicht, ganz aus freien Stücken wird sich kein heres die unnöthige Weitläuftigkeit gemacht haben, und auch wenn der Erblasser sie im Testamente anordnete, so brauchte der scriptus sich ja doch nicht danach zu richten. Ueberhaupt aber können diese Anordnungen der cretio in den Testamenten nur noch sehr selten, und dann mehr aus bloßer Nachahmung der alten Rechtsformen vorgekommen sein, denn für die Substitutionen waren sie nicht mehr nöthig, und für die Deliberationsfrist brauchte der Erblasser nicht mehr besonders zu sorgen, da diesem Bedürfniß durch die Fristen der b. p. und durch das wieder aus der b. p. hervorgegangene jus deliberandi genügend abgeholfen war.

So selten also noch außer in dem dritten Fall Cretionen vorkommen mogten, so fand es Justinian doch für nöthig, ein

gen Personen. Nur scheint er mir nicht genug hervorzuheben, daß hier die Antretung durch die cretio wirklich von Anfang eine Nothwendigkeit war, die aus älterer Zeit her bestehen blieb, während diese Nothwendigkeit umgekehrt für den antretenden Vater, für den cum cretione institutus, und überhaupt für jeden anderen Erben, durch das Hervortreten der pro herede gestio sich verlor. Huschke übersieht auch überhaupt, daß nach Römischer Anschauung dem cernere nur das pro herede gerere gegenübergesetzt wird, während die formlose Willenserklärung unter das letztere fällt, und überhaupt in sehr wenig Stellen erwähnt wird. Deßhalb fällt es ihm auch als merkwürdig auf, daß bei Gai. II. 167. nur das cernere und pro her. gerere mit aut—aut einander gegenübergesetzt wird, während sich dann die formlose Willenserklärung nur mit vel an die pro her. gestio anknüpft. — Uebrigens ist noch eine einzige Ausnahme zu bemerken, wo die cretio beim Haussohne nicht stattgefunden hatte, und doch eine gültige Erbantretung angenommen werden soll. Diese ist aber leicht erklärlich. l. 10. C. de her. pet.

Gesetz, welches sich nur auf jenen dritten Fall bezog, bei der Aufnahme in den Codex [15]) zu verallgemeinern, und ihr den Sinn einer vollständigen Aufhebung der cretio zu geben; und es verstand sich natürlich von selbst, daß alle übrigen im Corpus juris von der cretio handelnden Stellen interpolirt werden mußten [16]).

So haben wir denn auch dieses Institut bis zu seinem Ende verfolgt, wie wir es im ersten Bande S. 67. versprochen hatten; und es ist damit der Weg gebahnt, um zu dem eigentlichen Gegenstande dieses Kapitels nunmehr übergehen zu können.

§. 136. — 1) Constantin, welcher ja überhaupt den Formen so abhold war, beginnt die unsere Lehre modificirende Gesetzgebung im Jahr 319. mit der cretio [1]). In l. 1 Th. C. de mat. bon. (8. 18.) trifft er die Bestimmung, daß das von der Mutter ererbte Vermögen der Kinder nicht mehr ins freie Eigenthum des Vaters fallen soll, und demgemäß hebt er die cretio auf, welche dies bisher zur Folge gehabt hatte [1a]).

15) l. 17. C. de jure del.

16) So z. B. auch fr. 69. de ac. vel om. her. (nisi aut adeat [cernat] aut pro herede gerat), welches, wie wir oben nachgewiesen haben, von der in das spatium deliberandi eingeschlossenen civilrechtlichen Antretung handelt, also beide Formen derselben erwähnen mußte, während das adeat ein ganz unbezeichnender Ausdruck gewesen wäre. s. §. 114.

1) Im Uebrigen erkennt Constantin ganz den oben nachgewiesenen Begriff der successio, sowie die Dreizahl der Antretungsformen dieser successio an. l. 2. Th. C. de int. rest. — §. 4. Cum vero major successionem fuerit adeptus minoris, siquidem civili jure ab intestato vel ex testamento successerit, mox cum creta fuerit vel adita hereditas, si vero honorario jure, ex quo bonorum possessio fuerit accepta, examinando integri restitutionis negotio solida, sine ulla deminutione, tempora supputentur, quae non pro locis regionibus atque provinciis, in quibus morantur, qui heredes aut bonorum possessores sunt, observari jubemus, sed in quibus defuncti domicilia collocaverant. Die adita hereditas bedeutet dasselbe, was in der anderen gleich mitzutheilenden Stelle aditio simplex heißt.

1a) Es kann uns nicht wundern, daß trotz dieser Aufhebung die cretio in l. 2. Th. C. eod. noch wieder bei der materna successio er-

Cesset itaque in maternis duntaxat successionibus commentum cretionis, et res quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate atque dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur.

Zwei Jahr darauf 321. regulirt Constantin in l. 1. Th. C. de legit. her. (5, 1.) das Erbrecht der Mutter den Agnaten gegenüber, und hebt dabei für diesen Fall die Agnition der b. p. ganz auf:

ita ut, nec petita bonorum possessione, (quoniam hujus legis, non praetoris est beneficium) illico, ut sibi delatae partionis dies exstiterit, aditione simplici, arrepto rerum quolibet corpore, vel animi destinatione patefacta, plenum dominium delatae sibi portionis consequantur, facultate eis perpetua, dum advixerint, tribuenda in adeunda concessa sibi parte successionis.

Constantin giebt hier die Hauptnachtheile an, wodurch die b. p. hinter dem Civilerbrecht zurücksteht. Sie gewährt kein civilrechtliches Eigenthum (plenum dominium) sondern nur das in bonis; indessen war das nur noch mehr ein theoretischer, als ein praktisch wichtiger Unterschied, da der b. possessor doch nicht minder definitiv das Vermögen hatte [2]). Ferner aber wird, was sehr wichtig war, hervorgehoben, daß die civile Erbantretung eine perpetua ist, so lange der Berufene lebt (und ihm nicht ein spatium deliberandi gesetzt wird), während die b. p. eine von selbst ablaufende Deliberationsfrist enthält. Dann aber ist überhaupt im Anfange der Stelle durch den Gegensatz der b. p. und der aditio simplex dar-

---

wähnt wird. Das Gesetz ist einen Monat jünger und bestimmt das Rechtsverhältniß, in dem das Vermögen beim Vater, der es schon vor der l. 1 cit. durch cretio erworben hatte, stehen soll.

2) Die Umgestaltungen, welche in der Eigenthumslehre mit dem dom. ex jure Quirit. und dem in bonis vor sich gingen, haben auf das Verhältniß der hereditas und b. p. durchaus keinen solchen Einfluß gehabt, daß man darin einen Grund für die Umgestaltung des Prätorischen Erbrechts finden könnte.

auf hingewiesen, daß die Agnition jener etwas Solennes ist, während die letztere, d. h. die pro herede gestio nach gewöhnlichem Sprachgebrauch, eine reine Privathandlung ohne Formalitäten ist.

Die Kaisergesetzgebung hätte in dieser Weise fortfahren, d. h. die solennen Agnitionsregeln der b. p. an und für sich bestehen lassen, aber immer mehr Fälle, auf die der Zufall sie gerade führte, ihr entziehen können, bis dann nach und nach die Regel selbst in den Ausnahmen aufgegangen wäre. Im Folgenden aber sehen wir einstweilen diesen Weg verlassen. Man suchte dagegen die Agnitionsregeln selbst, der formloseren pro herede gestio mehr zu nähern.

2) Im Februar 839 hat Constantius, von Laodicea aus, umfassende Veränderungen der bisher gebräuchlichen Formalitäten in verschiedenen Theilen des Erbrechts verordnet. Wahrscheinlich sind die Bruchstücke, welche wir an mehren Orten des Codex zerstreut finden, ursprünglich ein einziges Gesetz gewesen. Es werden alle die für die Erbeseinsetzungen bisher nöthigen Wortformen, und Alles was bei den judicia mortuorum nur einen imaginarius usus hat [3]), für unnöthig erklärt (l. 15 C. de testamentis), es soll auch bei Legaten und Fideicommissen die bisherige verborum observantia nicht mehr necessaria seyn (l. 21 C. de legatis).

Schon lange hat man bemerkt, daß die l. 9. C. qui admitti ad b. p. poss. mit diesen beiden Gesetzen zusammengehört [4]); sie hat offenbar dieselbe Tendenz, sie ist ebenfalls an den Kalenden des Februar zu Laodicea erlassen; Zweifel hiegegen erregt nur, daß in der Subscription die Jahrszahl fehlt, und daß Justinian in l. 7 §. 3 C. de curat. furiosi, indem er auf dies Gesetz hinweist, es eine Constantiniana lex nennt [5]).

3) Daß hiermit direct die Mancipationsförmlichkeiten des civilen Testamentes aufgehoben seien, läßt sich allerdings nicht behaupten (s. Savigny Zeitschr. f. gesch. R. W. I. S. 81 not. 5), aber daß der ganze Sinn des Gesetzes das Seinige dazu beigetragen hat sie allmählig außer Gebrauch kommen zu lassen, ist doch eine sehr natürliche Annahme.

4) s. die Note zu diesem Gesetz in der Herrmannschen Ausgabe.

5) s. oben §. 135 Note 4. — Zu vermuthen, es sei hier ein Constan-

In dieser l. 9. ist nun für die b. p. Folgendes bestimmt: Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet judicem vel etiam apud duumviros qualiscunque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco jure temporibus coarctanda, eo addito, ut etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilominus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur.

Die Agnition der b. p. ist freilich ausdrücklich gar nicht genannt, daß aber doch von ihr die Rede sei, kann, wohl ohne daß ich die Gründe angebe, als unzweifelhaft angenommen werden. Es zeigt uns dies nur, so wie auch die Anfangsworte, daß die Stelle aus einem größeren Gesetze genommen sein muß, worin schon vorher auch von der b. p., und den Formalitäten der Agnition die Rede war.

Es ist dreierlei, was wir hier verändert finden: die Agnition wird der pro her. gest. darin gleichgestellt, daß jede animi destinatio patefacta genügen soll, sie unterscheidet sich von der civilrechtlichen Antretung nur noch dadurch, daß sie vor einem Richter geschehen muß, aber dies braucht nicht mehr (und das ist die zweite Bestimmung) der competente Richter zu sein, was noch Constantin anerkannt hatte, und endlich drittens braucht nicht mehr die Frist der vorhergehenden Klasse abgelaufen zu sein.

In Bezug auf diesen letzten Punkt haben wir schon früher das Resultat gewonnen, daß von jeher der in einer späteren Klasse Stehende auch vor Ablauf der früheren Frist die b. p. erhalten konnte, wenn er bewies, daß der in dieser Klasse

---

tinisches Gesetz genannt, das wir nicht kennen, würde höchst gewagt sein, da die l. 9. cit. so vollkommen paßt, und Justinians Citat es sehr unwahrscheinlich macht, daß er etwas berücksichtigt habe, was nicht in den Codex aufgenommen wurde. — Wir dürfen also wohl in dem Ausdruck Constantiniana lege den Fehler suchen, mag er nun von den Compilatoren oder den Abschreibern veranlaßt sein. Andere halten indeß den Constantin für den wahrscheinlichen Verfasser.

Stehende weggefallen sei. Dieser Beweis wird jetzt erlassen, ja noch mehr, wenn auch der in der früheren Klasse Berufene durchaus sein Erbrecht noch nicht aufgegeben hat, so kann doch der Spätere bereits agnosciren. Der Kaiser mußte dies nothwendig gestatten, da er erlaubte, daß vor jedem Richter die Agnition geschehen könne, daß also auch in ganz verschiedenen Gegenden vor verschiedenen Richtern mehre Erb-Prätendenten sie vornehmen dürften. Ein Aufrechterhalten der hintereinanderstehenden Fristen ist ohne die Voraussetzung eines einzigen competenten Richters, der die b. possessiones sämmtlich zu ertheilen hat, nicht denkbar, es mußte also mit dieser letztern Voraussetzung von selbst fallen, auch wenn es der Kaiser nicht ausdrücklich gesagt hätte. So konnte es also vorkommen, daß ein Späterer früher b. p. agnoscirte, als ein früher Berufener, und es ist nicht daran zu denken, daß nun dadurch diesem Letzteren sein Recht auf Agnition verloren gewesen wäre [6]), sondern auch er konnte noch immer agnosciren, so lange seine Zeit nicht verstrichen war, und ein Erbschaftsstreit entschied dann das nähere Erbrecht unter Beiden.

Hieraus sieht man die Richtigkeit des oben (§. 127) Geäußerten, daß der Kaiser solche Veränderungen mit der Agnition gar nicht hätte vornehmen können, wenn nicht die Agnition selbst durchaus schon etwas Anderes gewesen wäre, als früher, d. h. nichts als eine besondere Form der Erbschaftsantretung. Es war wenn Zwei aus verschiedenen Klassen b. p. agnoscirt hatten, ganz ebenso, als wenn zwei nach dem jus civile hinter einander Stehende die hereditatis aditio vornahmen, unter denen dann eben auch der Erbschaftsstreit entscheiden mußte; und da, wie wir gesehen haben, die Agnition schon seit so langer Zeit diese Gestalt einer reinen Erbantretungsform angenommen hatte, so mußte es allerdings als eine sehr drückende und ganz unnütze Fessel erscheinen, daß man noch immer den competenten Richter in den hintereinander stehenden Fristen anzugehen hatte, ebenso drückend und unnütz als die verborum

---

6) Nach dem Recht der klassischen Juristen kann, falls einmal b. p. ertheilt ist, sie nicht noch ferner gegeben werden, außer wenn beide Erbittende zusammen berufen sind.

captiones bei den Erbeinsetzungen und Legaten, welche der Kaiser zu gleicher Zeit mit aufhebt. Alle diese drei Gesetze sind nicht Bestimmungen, welche die betreffenden Lehren erst umgestaltet haben, sondern äußere Aenderungen, die bei den damals schon ganz veränderten Verhältnissen auch ein völlig oberflächlicher Blick für nothwendig erkennen mußte.

3) Constantius läßt aber diesen Anordnungen rasch noch ein anderes Gesetz folgen, welches **pridie Id. Mart. 339.** zu Heliopolis erlassen worden ist. Auch hievon sind uns zwei verschiedene Bruchstücke erhalten, das eine die **cretio**, das andere die **b. p.** betreffend.

Das erstere Bruchstück ist **l. 4 Th. C. de mat. bon.**: **Cretionum observantium praecipimus removeri, per quam filii patriae potestati subjecti res ex materna hereditate vel diversis successionibus ad se devolutas antehac his, in quorum potestate fuerant, acquirebant, ut intra sextum annum facultates ad se pertinentes . . . . liberis siquidem superstites . . . . . . intra praefinitum tempus . . . . . . ex materna hereditate vel genere . . . . ad ipsos devoluta sunt, ad proximos . . . . . pertineant, quoniam priorem nostram jussionem, quae sine temporis distinctione filiorum successiones ad patres jusserat pertinere, aequitatis ratio corrigi persuasit. Si quis vero ex paterno genere vel amicis paternis quacunque ratione reliquerit, id simili justitiae moderamine ad patrem aut ad patris genus pertineat, ut ex utraque familia manentes facultates singulis quibuscunque cessisse potius quam adepta esse videantur. Post emensum vero sextum aetatis suae annum adaeque sine ejusdem cretionis necessitate delatas sibi qualicunque successionis genere facultates ad eos, in quorum potestate sunt, jure patrio transmittant.**

Mir scheint der Sinn dieser Stelle weder von Löhr noch von Schilling [7]) richtig bestimmt zu sein. Ersterer meint, daß

7) v. Löhrs Uebersicht der Constitutionen von Constant. bis Theod. II. S. 34. — Schillings Bem. über R. R. G. S. 394 ff.

die cretio hiedurch schon überhaupt bei allen dem fil. fam. deferirten Erbschaften aufgehoben sei. Dem widerspricht, wie Schilling mit Recht beweist, die l. 5 u. l. 8 Th. C. eod. Letzterer findet dagegen hier nur eine Bestätigung der l. 1 eod., welche wir schon haben kennen lernen.

Der Kaiser spricht vielmehr, wie trotz der Lücken ersichtlich ist, von den dem fil. fam. aus der väterlichen wie der mütterlichen Familie (ex utraque familia) zugefallenen Erbschaften. Wenn nun der fil. fam. vor dem Beginn des siebten Jahres wieder wegfällt, so soll die Erbschaft, als wenn sie ihm nicht deferirt worden wäre, unverändert in dem paternum oder maternum genus weiter deferirt werden. Darin liegt, daß der Vater auch nie mehr für sich selbst Rechte auf die Erbschaft daraus ableiten kann, daß sie seinem Sohne deferirt worden sei, und so ist es eine nothwendige Folgerung, daß der Kaiser die cretio, durch welche eben das Vermögen an den Vater bisher gelangte, positiv verbietet (praecipimus removeri) [8].

Anders aber ist es, wenn das Kind das sechste Jahr überlebt. Der Kaiser läßt hier in den Fällen, von denen überhaupt sein Gesetz spricht, (d. h. bei den von dem väterlichen oder mütterlichen genus testamentarisch oder ab intestato [9]) auf den

8) Man muß nur stets im Auge behalten, daß die Aufhebung der cretio keineswegs bloß die einer Formalität ist, sondern daß sie materielle Bedeutung hat, indem nun eben nicht mehr das fragliche Vermögensstück ins volle Eigenthum des Vaters fällt. Die Aufhebung der cretio geht also Hand in Hand mit der Entwickelung der bona adventitia.

9) So erklärt sich, daß der Kaiser am Schluß die Worte gebraucht: qualicunque successionis genere, und daß er im Anfange sagt: ex materna hereditate vel ex diversis successionibus. Das heißt nicht „aus allen übrigen Successionen" sondern: „aus anderen Successionen." Welche dieses seien, erhellt eben aus dem Folgenden, welches gleich mit (ita) ut angeknüpft wird. Daß der Kaiser nicht bloß die maternae hereditates, sondern auch die bei des maternum genus unter sein Gesetz stellen will, erhellt schon aus der Art wie er ihnen das paternum genus gegenüberstellt, und er umfaßt dies offenbar in der Aeußerung, daß nun nach seinem Gesetz das ex utraque familia Fließende auch bei derselben verbleibt. Deßhalb glaube ich, daß in dem lückenhaften Theil der Stelle hinter

fil. fam. gefallenen Erbschaften) das bisherige Recht bestehen, und er sagt nur kurz, daß dies Vermögen auf den Vater transmittirt werden solle, ohne sich weiter auf das eigentliche Recht, welches dieser daran erhält, einzulassen. Nur setzt er noch im Zwischensatz hinzu, es solle für den Eintritt dieser Transmission die Form der cretio ebenfalls nicht mehr nöthig sein (adaeque sine ejusdem cretionis necessitate) d. h. ebenso wie sie vor dem siebten Jahr nicht mehr eintritt, weil sie hier nach seiner Verordnung unmöglich geworden ist, so soll sie auch nachher nicht mehr erforderlich sein, um die Rechtswirkungen, die früher lediglich eine Folge der cretio waren, hervorzurufen.

Was ist also hiernach für die cretio in unserm Gesetz Neues bestimmt? Sie war von Constantin schon positiv aufgehoben worden für die materna bona, damit der Vater nicht mehr das volle Eigenthum daran erhielte, jetzt wird sie für alle Erbschaften des paternum und maternum genus ebenfalls ganz absolut aufgehoben, sobald das Kind unter sieben Jahren steht und stirbt, weil der Vater überhaupt gar nichts davon durch den Sohn erhalten soll. Für die Zeit nach sieben Jahren wird sie bei allen jenen Erbschaften nicht direct verboten, sondern nur für unnöthig erklärt, indem ihre Wirkungen auch durch pro herede gestio eintreten sollen. Für diesen Fall tritt

---

ex materna hereditate vel genere das Wort: materno gestanden hat, während Gothofredus: vel genere diverso successionis vermuthet. Die diversae successiones, wie sie im Anfang erwähnt werden, konnten hier nicht noch einmal so unbestimmt wiederholt werden, sondern es mußte gerade im Verlauf der Stelle die genauere Erklärung folgen, was der Kaiser damit meint.

Schilling versteht, obgleich selbst dubitirend, unter den diversae successiones „andere Successionsarten in das mütterliche Vermögen" außer der hereditas, und da die cretio ja nur auf die hereditas, nicht etwa Legate geht, so vermuthet er im Sprachgebrauch der späteren Zeit eine uneigentliche Bedeutung des Worts cretio. Dafür aber giebt es gar keine Anhaltspunkte, und es widerspricht die folgende l. 5 Th. C. eod. von demselben Constantius, worin die cretio bei der hereditas ganz genau dem Erwerb des Vermächtnisses gegenüber gesetzt wird: si prius quam legati vel fideicommissi cederet dies, aut jussu patris diceret cretionem etc.

jetzt also ein, was für den antretenden Vater schon zu Decius Zeit galt (§. 135 Note 14.), und was für die anderen beiden Fälle der cretio schon Gaius kennt. Ebendeßhalb aber kann derselbe Constantius im Jahr 349 (l. 5 Th. C. eod.) es als durchaus bestehendes Recht erwähnen, daß ein filius nach Auftrag des Vaters die Erbschaft seines avus maternus durch Cretion erworben hatte [10]), ebensogut wie Gaius die cretio sowohl für den cum cretione institutus als auch für alle übrigen heredes als geltendes Recht anführt, obgleich sie in beiden Fällen durch pro herede gestio ersetzt werden durfte. —

Außer dieser l. 4 C. Th. de bon. mat. ist uns nun noch ein anderes Bruchstück desselben Gesetzes, das vielleicht noch manches Andere enthalten hat, aufbewahrt worden in l. 8 C. qui admitti; welche also nach der oben angegebenen Zeitfolge eigentlich hinter l. 9 eod. stehen müßte, da sie so sehr wahrscheinlich anderthalb Monate später ist. Die Verbindung von Bestimmungen über die cretio und die Agnition der b. p. in einem und demselben Gesetz zeigt, wie man sich Beide durchaus nur als verschiedene Formen der Erbantretung dachte. Die Stelle knüpft sich auch noch ferner darin an jene l. 4 an, daß sie von den parentum vel proximorum successiones redet:

> Quicunque res ex parentum vel proximorum successione jure sibi competere confidit [11]) sciat, sibi non obesse, si per rusticitatem vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quamcunque aliam rationem intra praefinitum tempus bonorum

---

10) „patre cernere jubente, filioque cernente" und nachher: „si jussu patris diceret cretionem." Diese Stelle ist, wie man sehr deutlich sieht, mit Rücksicht auf einen besonderen, dem Kaiser vorgelegten, Fall erlassen worden.

11) Auch diese Worte zeigen wieder, wie man damals die b. p. anschaute; von Jemand, der Anspruch auf b. p. hat, wird gleich gesagt, res jure competunt, während den klassischen Juristen stets vorschwebt, daß dies ja nur der Fall sei, wenn die b. p. cum re ist; m. a. W. als Inbegriff der b. p. oder der successio ex jure praetorio gilt nur noch, was man früher cum re b. p. nannte, die b. p. sine re mit eigenthümlichen interimistischen Wirkungen giebt es nicht mehr.

possessionem minime petiisse noscatur, quoniam haec sanctio hujusmodi consuetudinis necessitatem mutavit.

Diese Schlußworte können andeuten (obgleich nicht nothwendig), daß schon vorher von der b. p. die Rede war, und dies uns erhaltene Bruchstück nur noch eine genauere Ausführung von der bereits voranstehenden eigentlichen Aufhebung der bisherigen **consuetudo** ist. Jedenfalls schließt sich dem Inhalte nach die Stelle genau an die oben mitgetheilte l. 9 C. **qui admitti** an. In Vereinigung mit ihr ist die b. p. aller der Fesseln entkleidet, die in den damaligen Verhältnissen lästig und unnütz drückend erscheinen mußten. Daß die b. p. noch fernerhin vor einem beliebigen Richter agnoscirt werden mußte, behielt man bei, weil gewiß der Sitte nach, namentlich bei Eröffnung und Publication der Testamente, und ferner in Folge eines dem Berufenen gesetzten **spatium deliberandi** auch die civile Erbantretung wohl meist durch eine Erklärung vor dem Richter geschah. Nur in Beziehung auf den Zeitablauf war, nachdem durch l. 9 C. cit. jene anderen Verschiedenheiten gefallen waren, noch ein lästiger Unterschied zwischen **her. aditio** und Agnition der b. p. Während jene nur unter dem durch Gläubiger und Legatare zu veranlassenden **spatium deliberandi** stand, so lief die prätorische Frist abgesehen von den im **utile tempus** enthaltenen Milderungen von selbst ab. Unsere Stelle dagegen, die keiner weiteren Interpretation bedarf, sagt ungefähr geradezu, es solle mit dem Ablauf der Frist nicht mehr genau genommen werden, und es kommt eben darauf hinaus, daß ehe Gläubiger und Legatare den Berufenen aufforderten anzutreten, man die schon verstrichene Zeit leicht **propter quamcunque aliam rationem** entschuldigen konnte, also eigentlich die Frist der b. p. erst von dieser Aufforderung an ernstlich gerechnet wurde. Das ist mithin im Grunde ganz dasselbe, als das **spatium deliberandi.**

Wir können uns daher einen eigentlich wichtigen praktischen Unterschied zwischen der prätorischen und civilen Erbantretung auch der Form nach von jetzt an nicht mehr denken. Nur muß noch hervorgehoben werden, wie sorglos und vom Zufall geleitet die Kaisergesetzgebung sich auch hier wieder zeigt. In die-

sem Gesetz war von der parentum vel proximorum successio die Rede, und so wird denn für die b. p. derselben nebenbei bestimmt, was ebensogut auch allgemein hätte gesagt werden können. Aber unter den proximi ließen sich, auch wenn das Gesetz vielleicht nur jene successiones ex paterno und materno genere meinte, leicht alle Verwandten begreifen, bei der b. p. unde vir et uxor wird man es auch nicht gerade anders gehalten haben, und bei den Testamenten kam überhaupt, wie wir sogleich sehen werden, die Agnition der b. p. bald außer häufigen Gebrauch. — So ließ man's also gehen, die Sache selbst war doch einfach, und von wichtigen Gegensätzen der civilen und Prätorischen Antretungsform nicht mehr die Rede. Da dachte man denn auch nicht mehr daran, den Worten nach äußerlich zu vereinigen, was der Sache nach wesentlich zusammengeschmolzen war.

§. 137. — 4. Nach den Gesetzen des Constantius finden wir ein 70 Jahre lang nichts, was die Agnitionsform der b. p. betrifft. Im Jahr 407 aber erlassen die Kaiser Arkadius und Honorius wieder ein auf die b. p. und die cretio gleichmäßig bezügliches Gesetz.

l. 8. Th. C. de matern. bon. — Certis annorum intervallis in bonorum possessione maternae hereditatis a patre poscenda aut successione amplectenda infantis filii aetatem nostra auctoritate praescribimus, ut sive maturius sive tardius filius fandi sumat auspicia, intra septem annos aetatis ejus pater aut bonorum possessionem imploret, aut qualibet actis testatione successionem amplectatur; hac vero aetate finita, filius edicti beneficium imploret, vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem: dum tamen intra annum ad impetrandam bonorum possessionem praescriptum uterque de possessione amplectenda suum prodat arbitrium. §. 1. Cretionem autem scrupulosam solennitatem, sive materna filiofamilias, sive alia quaedam de-

feratur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus.

Betrachten wir zuerst das Principium unserer Stelle. Es betrifft denselben Fall, von dem auch jenes oben erörterte Gesetz des Constantius spricht, eine dem filiusfamilias deferirte materna hereditas. Das Neue, was jetzt festgesetzt wird, ist nur, daß statt des vollendeten sechsten jetzt das vollendete siebte Jahr angenommen werden soll [1]), im Uebrigen erkennt der Kaiser ganz das bisherige Recht an, aber die Art wie er dies darstellt, ist uns ganz besonders interessant.

Die cretio war für die materna hereditas ja schon von Constantin aufgehoben worden, es blieben also für die Antretung derselben nur die pro herede gestio und die agnitio bonorum possessionis übrig. Demgemäß wird denn auch in unserem Principium von der cretio gar nicht geredet, die anderen beiden Antretungsarten dagegen sind, wie mich däucht, darin gar nicht zu verkennen. Im Anfang könnte man meinen, das: successione amplectenda sei nur eine Tautologie und weitere Umschreibung für das vorhergehende b. possessione poscenda, aber dieser Gegensatz der Agnition der b. p. und des successionem amplecti oder suscipere kommt dreimal in der Stelle so ganz gleichmäßig vor, daß er offenbar im Gegensatz zur b. p. die civilrechtliche Antretung durch Handlungen oder nuda voluntas, also die pro herede gestio, bezeichnen soll [2]). Zweierlei ist aber bei dieser Darstellung der Kaiser höchst merkwürdig, und bestätigt auffallend das, was wir am Ende des vorigen §. bemerkten.

Das Eine ist die Art, wie das zweitemal die pro herede

1) Hugo R. G. S. 992. Z. 17. v. Löhr a. a. O. S. 86. Schilling Bem. üb. R. R. G. S. 396 Note 1101. Ob diese Veränderung des Jahres auch für die hereditates aus dem maternum und paternum genus, wobei Constantius ebenfalls das sechste Jahr annahm, gelten solle, ist nicht gesagt, und wiederum ein Zeichen der Schwäche in der damaligen Gesetzesredaction. Aber gewiß wird man diese Fälle auch analog nach dem neuen Gesetz behandelt haben. So nehmen auch die angeführten Schriftsteller das Gesetz als eine allgemeine Veränderung des Endpunktes der infantia.

2) So faßt es auch schon v. Löhr a. a. O., nur daß er die civilrechtliche Antretung hier zu unbestimmt hereditatis aditio nennt.

gestio der b. p. gegenübergesetzt wird: qualibet actis testatione successionem amplectatur. Dies ist wörtlich übereinstimmend mit der Art, wie seit l. 9 C. qui admitti die Agnition der b. p. vorzunehmen war, denn hier wird ebenso eine testatio durch die Acten, also vor Gericht vorausgesetzt, wie sie bei der bon. poss. nöthig ist. — Sodann aber ergiebt der Schlußsatz des Pr., wenn man ihn ganz ungezwungen versteht, daß die Kaiser die jährige Frist der b. p. gleichmäßig für beide Antretungsformen, die noch eben vorher erwähnt sind, gelten lassen wollen [3]).

Ich bemerkte in dem vorigen Paragraph, daß seit Constantius die Agnition und die pro her. gest. sich nur noch gerade in diesen zwei Punkten, dem Erscheinen vor Gericht und der Einschließung in eine bestimmte Frist unterscheiden. Hier sehen wir nun in einem speciellen Falle den Kaiser, in Beziehung auf den ersten Punkt ganz entschieden, und in Bezug auf den zweiten wohl sehr wahrscheinlich, beide Antretungsformen völlig zusammenwerfen. Und dies tritt nicht etwa als eine unerhörte neue Rechtsänderung auf, es geschieht nur eben ganz beiläufig, denn die anderen beiden Male wird die Erklärung zu den Acten bei der civilen Antretung gar nicht weiter hervorgehoben. So etwas ist doch nur denkbar, wenn wir annehmen, daß sich in der Praxis civile und Prätorische Antretungsform im Grunde schon verwischt hatten, so daß es eben gar nichts Auffallendes war, wenn nun einmal der Kaiser in einem besonderen Falle Beide wirklich völlig zusammenwarf. —

---

3) Wer hiervon das Gegentheil behaupten will, ist freilich nicht direkt aus den Worten zu widerlegen, aber daß es die grammatisch ungezwungenste Erklärung sei, wird er nicht behaupten wollen. Das im Text Gesagte wird es, glaube ich, zeigen, daß gerade diese ausnahmsweise Beziehung der Prätorischen Deliberationsfrist auf die civile Erbantretung so recht eigentlich etwas in den damaligen Zeiten Naheliegendes war. Ob v. Löhr a. a. O. meiner Ansicht ist, weiß ich nicht, er sagt: „Beide (uterque d. h. Vater und Sohn) sind an den Termin von einem Jahr gebunden.“ Er scheint dies aber doch als allgemeine Bestimmung für beide Antretungsformen zu nehmen. — Etwas Aehnliches kommt ja schon in der klassischen Juristenzeit vor. s. §. 114. Note 12.

Gehen wir nun zu der Erklärung das §. 1 unserer Stelle über, welche durchaus nicht so zweifellos ist, als er von Manchen aufgefaßt wird [4]). Wir haben aus den früheren Erörterungen schon ersehen, daß es ein Unterschied ist, ob die cretio geradezu verboten wird, weil ihre Wirkungen nicht mehr eintreten sollen, oder ob sie bloß mit Beibehaltung ihrer bisherigen Wirkungen für unnöthig erklärt wird. Von Beidem haben wir schon Beispiele in der bisherigen Gesetzgebung kennen lernen. Unsere Stelle nun gehört ihrer Wortfassung nach offenbar unter die erste Klasse (hac lege emendari penitus amputarique decernimus). Das heißt nicht sowohl, wie von Löhr sagt: „der filius muß nie mehr cerniren", sondern: er soll es nicht mehr. Aber doch erhebt dieser Wortsinn die Schwierigkeit, daß wenn wirklich die cretio hierdurch für alle dem fil. fam. deferirten Erbschaften verboten worden wäre, dann natürlich auch die Wirkung dieser cretio hinwegfiel, d. h. alle diese Erbschaften bereits durch dieses Gesetz peculium adventitium des Haussohns geworden wären. Das hat aber bekanntlich erst Justinian in l. 6 und 8 C. de bon. quae liberis allgemein festgesetzt.

Mir scheint die Sache folgendermaßen erklärt werden zu müssen. Der Rechtszustand war nach den Gesetzen, die wir bereits kennen, der, daß die cretio verboten war bei der materna hereditas, so wie bei allen hereditates paterni und materni generis für ein Kind unter sieben Jahren, ferner daß sie unnöthig war, bei den hereditates pat. und mat. gen. für Kinder über sieben Jahren, endlich daß sie nothwendig war, für alle übrigen dem fil. fam., gleichviel welches Alters, deferirten Erbschaften. Unser Gesetz hat nun jedenfalls wohl den Sinn, welchen v. Löhr ihm beilegt, daß nämlich dies Letztere aufgehoben wird, und die cretio bei allen diesen übrigen Erbschaften nicht mehr nothwendig sein soll, wobei aber

4) v. Löhr drückt den Inhalt desselben so aus: „der filiusfamilias muß nie mehr cerniren." Schilling sagt, die cretio sei hiedurch für jedwede einem fil. fam. deferirte Erbschaft aufgehoben worden. Hugo dagegen sagt: „die cretio ward bei dem mütterlichen Vermögen, und vielleicht auch sonst aufgehoben." Das ist nun freilich zu wenig gesagt.

ihre Wirkung, der Eigenthumserwerb des Vaters, durchaus bestehen blieb. Aber wenn die Kaiser nur dies sagen wollten, warum sagen sie nicht ähnlich wie Constantius: adaeque sine cretionis necessitate? Warum sprechen sie ein so entschiedenes Verbot der cretio aus? Dies kommt daher, weil dieselben Kaiser in l. 7 Th. C. de matern. bon. schon früher bestimmt hatten, daß die testamentarischen und Intestat-Erbschaften der väterlichen und mütterlichen Großeltern nicht mehr ins Eigenthum des Vaters, sondern des (über 7 Jahr alten) Sohnes fallen sollen. Schon durch dies Gesetz war also implicite für diese Fälle die cretio verboten worden, ausdrücklich sie auch aufzuheben, war wohl deßhalb vergessen worden, weil das Gesetz auch noch von anderen Erwerbarten als durch hereditas redet.

Die Kaiser holen nun dies ausdrückliche Verbot jetzt nach, und es ist möglich, daß sie bei den Worten (sive materna) sive alia quaedam deferatur hereditas nur an jene in l. 7 erwähnten Erbschaften denken, ebenso wie auch Constantius in ganz ähnlicher Redeweise nur an das paternum und maternum genus denkt. Ebenso möglich freilich, ja selbst wahrscheinlicher ist, daß sie wirklich alle dem filiusfam. deferirten Erbschaften umfassen wollten, aber dann haben doch ihre Worte, die nur durch die Beziehung auf die l. 7 die prohibitive Fassung erhielten, für alle übrigen Fälle lediglich den Sinn, daß hier die cretio nicht verboten, sondern unnöthig ist, denn ihre Wirkungen sind noch ferner bestehen geblieben.

Das Resultat ist hiernach: das Gebiet der bona adventitia (soweit sie durch Erbschaft entstehen) reicht stets so weit, als die cretio entschieden verboten ist[5]). Ueber die Erbschaften der nächsten Angehörigen hinaus, wie es die l. 7 cit. feststellt[6]), hat man vor Justinian dies Gebiet nicht ausgedehnt; und mag deßhalb auch durch unsere l. 8 Th. C. über dasselbe

---

5) S. Huschke Studien I. S. 257.

6) Eine besondere hieran sich anknüpfende Erweiterung bestimmte noch Theodos u. Val. in l. 1 Th. C. de bonis quae fil. fam. (l. 1. C. de bon. quae lib.)

hinaus die Anwendung der Cretions form aufgehoben, d. h. für unnöthig erklärt sein, in ihren Wirkungen bestand die cretio noch fort, und konnte auch noch formell wirklich vorkommen, ebensogut wie wir sie oben (§. 136. Note 10) in einem Gesetz als bestehend für einen Fall erwähnt fanden, nachdem sie ein früheres Gesetz bereits gerade für denselben Fall aufgehoben, aber freilich nicht verboten hatte. Erst Justinian entzieht ihr durch **l. 6 C. de bon. quae liberis** allen Boden, und so spricht er denn in **l. 8 C. eod.** ganz consequent nur immer von der (formlosen) **hereditatis aditio.**

Seit unserem Gesetz des Arkad. und Honor. steht also die **cretio** bei den Erbschaften der Haussöhne, so weit sie für dieselben nicht ganz verboten ist, wieder auf gleicher Stufe mit jenen anderen beiden Fällen, in denen die **cretio** bei Gaius vorkommt; d. h. sie ist eine formelle Rechtshandlung, die die Berufenen vornehmen können, wenn sie wollen, die sie aber durch **pro herede gestio** ersetzen dürfen. Ob sie nun wirklich auch jetzt noch im Leben vorgekommen ist, können wir füglich dahin gestellt sein lassen; es scheint aber in der That dies Institut in der Sitte der Römer sehr festgewurzelt gewesen zu sein, so daß man allenfalls vermuthen darf, man habe noch immer gern, wo man nicht vor dem Richter die Antretung erklärte, sie etwa vor Zeugen in der alten Wortform vorgenommen. Wir werden ihr nämlich in einem alsbald mitzutheilenden Gesetz nochmals begegnen, (s. Nro. 7. §. 138) worin der Kaiser eigens wieder hervorhebt, es sei nicht nöthig, daß man sich diese Weitläuftigkeiten mache. Jedenfalls hat aber Justinian, indem er aus jener **l. 8 Th. C. de mat. bon.** die **l. 17 C. de jure del.** machte, der **cretio** in allen ihren Anwendungsfällen ein Ende gemacht.

§. 138. — 5.) Wir haben bisher nach Anleitung der chronologisch aneinandergereihten Kaiserconstitutionen hauptsächlich das Verhältniß der **b. p.** zur **cretio** ins Auge gefaßt; jetzt werden wir durch die folgenden Gesetze auf ein anderes Institut geführt, dessen Zusammenhang mit der Agnition der **b. p.** hier ebenfalls festzustellen ist. Es ist die **m i s s i o e x e d i c t o d i v i H a d r i a n i.**

In der zuerst mitzutheilenden Stelle ist freilich von dieser Letzteren ausdrücklich gar nicht die Rede, daß aber sie doch im Hintergrunde liegt, ist wohl sehr einleuchtend. Die Kaiser Honorius und Theodosius errichten im Jahr 413 das testamentum principi oblatum, und bestimmen dabei auch Folgendes:

> l. 19 C. de testam. — — Ne quid sane praetermisisse credamur hujusmodi institutionis successoribus designatis, omnia, quae scriptis heredibus competunt, jubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, quum pro herede agere cuncta sufficiat, et jus omne ipsa complere aditio videatur.

Es soll also bei dem neu errichteten Testamente die b. possessionis agnitio ganz aufgehoben sein, und bloß die pro herede gestio genügen. Es wird ausdrücklich dabei erklärt, daß dadurch schon alle Rechte gewährt werden, welche aus der b. p. abgeleitet werden könnten.

Soweit versteht sich dies nun freilich von selbst, daß durch die pro herede gestio dasselbe definitive Erbrecht erworben wird, wie durch die Agnition; aber die letztere gewährt auch noch außerdem das possessorische Int. quor. bon. Der Kaiser sagt nun aber gar nicht, daß die Agnition bei diesem Testamente als geschehen fingirt, und also die Vortheile der b. p. durch diese seine Verfügung auf die pro herede gestio übertragen werden sollten; sondern er sagt lediglich, alles Recht, was man aus der b. p. ableiten könne, werde auch schon durch die civilrechtliche Antretung erfüllt. Er kann also nicht an das Interd. quor. bon. denken, welches ohne Agnition dem heres gegeben werde, er muß ein eigenes Rechtsmittel zur Besitzeserlangung im Sinn haben, welches der benutzen könne, der sich mit der civilrechtlichen Antretung begnügt, und das kann kein anderes sein als die missio ex edicto divi Hadriani.

Ich gestehe gern zu, daß, wenn man lediglich diese Stelle ins Auge faßt, es noch immer zweifelhaft bleiben könnte, ob den Kaisern wirklich dieser Gedanke, wie ich es hier aufstelle, vorgeschwebt hat. Aber wenn man nun zugleich die folgenden

noch mitzutheilenden Stellen ins Auge faßt, wo ganz klar die missio der testamentarischen b. p. als das gegenübertritt, was durchaus dieselben Rechte gewährt, und zugleich in der damaligen Zeit für bequemer gehalten wurde, so scheint mir auch der Sinn jener l. 19 keinen Zweifel zuzulassen. Sie ist der erste Anfang, daß die missio der b. p. sec. tab. vernichtend entgegentritt, und wir werden es nicht lange mehr dauern sehen, daß sie gesetzlich vollkommen an ihre Stelle gesetzt wird. In der Sitte des Lebens muß überhaupt schon seit längerer Zeit die missio in vorherrschendem Gebrauch gewesen sein, wie wir aus dem zunächst folgenden Gesetze ersehen.

6) In l. 7 Th. C. de testam. vom Jahr 424 bestimmt Theodos II., daß Jemand, der aus einem (schriftlichen oder mündlichen) Testamente als Erbe klagen will, nicht zugleich auch seinen Anspruch darauf soll stützen können, daß es ein Fideicommiß sei; und daher soll er, falls der Erblasser die Codicillarklausel hinzugefügt hatte, gleich im Anfange sobald er zuerst mit dem Richter in Berührung kommt erklären, welchen von beiden Wegen er verfolgen will. Dies drückt der Kaiser so aus:

> — — qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse; ita ut sive 1) bonorum possessionem secundum tabulas, vel 2) secundum nuncupationem ceterasque similes postularit, aut certe 3) ex edicto divi Hadriani se mitti ad possessionem ex more petierit, statim inter ipsa hujus juris auspicia propositum suae intentionis explanet.

Der Kaiser spricht vom schriftlichen und mündlichen Testament, und stellt im weiteren Verlauf auch ausdrücklich die drei Formen, welche wir oben haben kennen lernen, das civile (schriftliche), das Prätorische und das nuncupative neben einander [1]), und demgemäß erwähnt er denn auch alle drei Antretungsfor-

1) §. 2. In omni autem genere testamenti, sive id jure praetorio sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur.

men aus diesen Testamenten: Die b. p. secundum tabulas aus dem schriftlichen Prätorischen (denn aus dem civilen vor fünf Zeugen fand sie ja, wie wir oben nachgewiesen haben, nicht Statt), die b. p. secundum nuncupationem aus dem civilen mündlichen, und die missio aus dem civilen schriftlichen Testamente. Dunkel ist nur, was er mit den Worten ceterasque similes sagen will. An b. possessiones der Intestatsuccession zu denken ist nicht möglich, da in der ganzen Stelle nur von einem ex testamento agere cupiens die Rede ist. Am Besten scheint es mir sich durch das gerichtliche Testament zu erklären, welches municipalibus gestis oder vor dem Richter errichtet wurde, und seinem eigentlichen Wesen nach als ein nuncupatives Testament erschien, nur daß die 7 Zeugen hier durch die municipes oder den Richter ersetzt wurden [2]), und demgemäß ließ man auch eine der b. p. secundum nuncupationem similis b. p. daraus zu [3]).

Aus dieser Stelle sieht man nun aber einestheils, daß damals bei den Testamenten die gerichtliche Erbschaftsantretung durchaus die Regel gewesen sein muß. Der Kaiser will, daß wer einmal defuncti agnovit voluntatem, ebenso wie beim Notherbenrecht (was auch besonders hervorgehoben wird) nachher nicht wieder davon zurücktreten, und die Disposition, die er zuerst als Erbeseinsetzung behandelte, später als Fideicommiß auffassen darf. Die Anerkennung der Erbeseinsetzung liegt aber in der Antretung der Erbschaft, und indem der Kaiser hier die private Antretung gar nicht erwähnt, sieht man, daß es damals durchaus regelmäßige Sitte war, durch Agnition der b. p. oder Erbittung der missio die Antretung vorzunehmen.

---

2) Savigny Gesch. des R. R. im M. I. S. 108 der 2ten Ausg.

3) So wird auch in Nov. Valent. III. tit. 20. l. §. 2 das gerichtliche Testament erst hinter dem nuncupativen erwähnt, wobei der Gedanke nahe liegt, daß es sich an dieses anlehnt: nam cum liceat cunctis jure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis judicia suprema componere. S. ferner l. 19 C. de testam. — qui actis cujuscunque judicis aut municipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit judicium. Das Ganze wird offenbar als eine einzige Testamentsform, die nuncupative, hier dargestellt.

Die Stelle zeigt aber auch ferner, daß es freilich noch immer vorkam, aus dem Testamente b. p. secundum tabulas zu erbitten, um dadurch das Interdictum quorum bonorum zu erlangen, daß es indeß durchaus vorherrschende Sitte war [4]), statt dessen um die missio ex edicto divi Hadriani nachzusuchen. Während nämlich die b. p. sec. tab. nicht aus dem civilen sondern nur dem Prätorischen Testament erbeten werden konnte, war umgekehrt die missio ein allgemeines Rechtsmittel, für Beide passend, und ich brauche wohl nicht weiter auseinander zu setzen, daß man zu einer Zeit, wo man mit bloß theoretischen Unterschieden sich nicht gern mehr befaßte, allgemein lieber zu der missio griff, die mit der Publication der Testamente, und der Auszahlung der so wichtigen Erbschaftssteuer in unmittelbarem Zusammenhang stand. So mag wohl die Sitte, welche uns diese Stelle bezeugt, wohl überhaupt schon lange bestanden haben, (s. §. 136. am Ende), und diese Sitte ist uns wiederum der Erklärungsgrund eines anderen späteren Gesetzes, das wir im Folgenden kennen zu lernen haben.

7) Vorher ist noch das letzte Gesetz mitzutheilen, in welchem die cretio und b. p. zusammen vorkommen, was hier auch schon aus der Titelüberschrift erhellt. Es ist die l. un. Th. C. de cretione vel bonorum possessione von Theodos II. u. Val. III. aus dem Jahr 426:

> Patrem aliqua ex parte minorem esse matribus, non sinemus. Nam cum etiam infantis filii morientis mater bonorum solatia consequatur, cur de aetate ejus pater graves patiatur tendiculas, non videmus; et cum legitima successio non modo in matre, verum etiam in successoribus longius constitutis non bonorum possessionis petitionem, non cretionis solennitatem cogitur custodire, quali-

4) Die Art, wie der Kaiser die missio der b. p. entgegensetzt: aut certe .... ex more petierit, zeigt es sehr deutlich, daß es eben eine allgemeine Sitte war, nicht bloß beim civilen Testament, sondern auch da wo man b. p. sec. tabulas agnosciren konnte, statt dessen die missio zu erbitten. Ob dies auch für das nuncupative Testament anzunehmen sei, davon nachher.

cunque contenta aditae vel adeundae hereditatis indicio, quanto magis pater talibus est vinculis exuendus? Atque ideo hac oratione sancimus, ut pater etiam infantis filii successionem, sive ille matre ejus moriente adeundae hereditatis vel petendae bonorum possessionis fuerit exsequutus officium, sive iste neglexerit, morienti filio infanti in qualibet aetate sine ambiguitate succedat.

Wenn ein infans seine Mutter beerbt, und nun selbst wieder als infans stirbt, so soll das Vermögen jedenfalls an den Vater fallen [5]). Uns interessirt hier bloß, wie bei dieser Gelegenheit die Antretungsformen aufgefaßt werden. Zuerst fällt es auf, daß hier neben der Erbantretung für das Kind auch der Uebergang des Vermögens vom Kinde auf den Vater als eine Beerbung, nicht bloß als eine Einverleibung des Vermögens jure patrio aufgefaßt wird. Für den ersten Erbfall beim Tode der Mutter ist nun die Darstellung der Kaiser ganz dem bisher schon bestehenden Rechte gemäß. Die cretio war hier ja schon lange aufgehoben, und so ist denn auch nur davon die Rede, daß der Vater durch formlose aditio oder Agnition der b. p. die Erbschaft für den infans erwerben konnte.

Wenn nun aber das Kind wieder stirbt, so tritt der zweite Erbfall ein, und hier soll nach der Bestimmung der Kaiser qualecunque aditae vel adeundae hereditatis indicium genügen. Der Kaiser findet es noch besonders gerathen, zu erklären, daß hier weder cretio noch b. p. nöthig sein soll, und er rechtfertigt dies noch besonders dadurch, daß ja auch die Mutter ihr Kind ohne diese Formalitäten beerbe, wodurch auf jenes Constantinische Gesetz (l. 1 Th. C. de legit. her.) verwiesen wird, das wir unter Nro. 1. haben kennen lernen. Alles dies aber zeigt doch, daß die Kaiser den Erwerb dieses Kindesvermögens nicht als ein ganz eigenthümliches Einverleiben jure patrio, sondern ebenso wie wenn die Mutter ihr

5) Damit wurde also die diesen Punkt betreffende Bestimmung der l. 4 Th. C. de matern. bon. aufgehoben, s. §. 136 Nro. 3.

Kind beerbt als ein ganz gewöhnliches Erbewerben auffassen [6]). Es besteht nur die sehr natürliche Eigenthümlichkeit, daß, da der Vater ja doch der ist, welcher in beiden Erbfällen die Antretung vornimmt, von ihm auch überhaupt nur eine solche Antretungshandlung verlangt wird. Denn wenn er gleich nach dem Tode der Mutter für das Kind die Antretungshandlung vornahm, so wird er doch, da er nicht den Schaden des Kindes wollen kann, genügend untersucht haben, daß die Erbschaft annehmbar sei, und so bedarf es auch jetzt, nachdem das Vermögen stets unter seinen Händen geblieben ist, und es nun ihm selbst deferirt wird, nicht seiner nochmaligen Erklärung. Sein Erbrecht ist allerdings durch sein jus patrium begründet, aber es ist darum nicht minder ein wahres Erbrecht, wie unsere Stelle sehr deutlich zeigt, und das wird dadurch nicht verändert, daß nach des Kaisers Bestimmung seine Antretung schon in jener früheren Antretung für das Kind gefunden werden soll [7]). Und ebenso wird auch umgekehrt ein doppelter Erbfall angenommen, wenn der Vater damals die Antretung unterließ, indem die jetzt vorgenommene zugleich die retrotractive Wirkung haben soll, als wenn gleich damals das Kind Erbe geworden wäre [8]).

Ueberhaupt also soll, was nach der Eigenthümlichkeit des Falles sehr erklärlich ist, für den doppelten Erbfall eine einzige Antretung genügen, und diese Antretungshandlung soll, mag sie damals beim Tode der Mutter oder jetzt beim Tode des

6) Wenn es kein Erbewerben wäre, wie sollte der Kaiser zu dieser weitläuftigen Exposition kommen, daß es keiner b. p. oder cretio, sondern lediglich der formlosen civilen Antretung bedürfe?

7) Aehnliches findet ja auch bei den Pupillarsubstitutionen statt, wenn der Substitut zugleich institutus ist.

8) l. 18 §. 1 C. de jure del. — Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta, jure patrio quasi jam infanti quaesita capere. Diese Stelle hat nebst vielen anderen uns erhaltenen Bruchstücken ursprünglich mit der l. un. Th. C. de cretione zusammengehört. Die Worte jure patrio — capere haben die Ansicht veranlaßt, als wenn hier etwas Eigenthümliches und nicht eine gewöhnliche Beerbung vorläge.

An diesen §. 4. knüpft sich nun folgender für uns höchst wichtige Satz:

§. 5. **Cujus heres ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequetur, nec bonorum possessionis petendae sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus.**

Die heutigen Schriftsteller [5]), welche sich über diese Stelle überhaupt erklären, verstehen sie so, daß damit die Agnition der b. p. überhaupt aufgehoben worden sei. Aber ich kann dies unmöglich für richtig halten.

Lassen wir einstweilen die Endworte noch außer Acht, so bestätigt unsere Stelle jedenfalls unsere obige Erklärung der l. 19 C. de testam. Beide Stellen stimmen überhaupt fast wörtlich überein, und indem dort Honorius erklärt, die Agnition der b. p. solle beim testamentum principi oblatum nicht mehr nöthig sein, so ist dies eben die Veranlassung, daß dasselbe nun auch von Valentinian wiederholt wird. Durch die Art aber, wie jener Satz des Honorius hier wiedergegeben wird, bestätigt sich völlig das oben darüber Gesagte. Der Gedanke Valentinians ist offenbar folgender: Die b. p. agnitio hat den Vortheil, daß man dadurch ein besonderes Rechtsmittel auf Besitzeserlangung der **corpora hereditaria**, d. i. das Interd. quor. bon. erhält, da aber ganz dasselbe auch durch die missio des Hadrian gewährt wird, so soll überhaupt die b. p. für das test. principi oblatum ganz aufgehoben sein [6]).

---

malitäten fehlen und nur die voluntas inspicitur. — Ganz dasselbe sagt schon das principium; und ganz ähnlich sind ja auch die Ausdrücke der dem Kaiser vorschwebenden l. 19 C. de testament.

5) v. Löhr a. a. O. S. 38 sagt: „Zum Erwerbe der Erbschaft nach Prätorischem Rechte (d. i. um die Vortheile der b. p. zu genießen) bedarf es keiner besonderen agnitio b. p. mehr.“ Hugo RG. S. 995. Z. 5: „die Nothwendigkeit der b. p. ward im Westen allgemein erlassen.“ Dieselbe Ansicht spricht Schrader in der Institutionenausgabe 477 aus.

6) Wir können hier nicht so, wie oben bei der cretio, unterscheiden, ob die b. p. agnitio wirklich verboten oder bloß für unnütz erklärt wird. Da es sich hier nur um einen bestimmten zu erlangen-

An diesen Satz, dessen Inhalt unzweifelhaft ist, knüpft nun der Kaiser die Worte: **quam generaliter omnibus relaxamus**, worin die allgemeine Aufhebung der **b. p. agnitio** liegen soll. Mir scheint dies schon zuförderst nach rein grammatischen Gründen höchst unwahrscheinlich. Der Hauptsatz beginnt mit **Cujus heres** d. i. der eingesetzte Erbe, und es ist doch das Natürlichste, daß wir das **omnibus** des Nebensatzes auf das Subject des Hauptsatzes zurückbeziehen, daß wir also alle auch in anderen Testamenten eingesetzten Erben darunter verstehen. Hierzu kommt der große logische Fehler, dessen sich der Verfasser des Gesetzes schuldig gemacht haben würde, wenn er mehr als alle testamentarischen Erben unter den **omnibus** verstanden hätte, ein Fehler, der doch auch einem damaligen Gesetzesverfasser auffallen mußte.

Der Kaiser sagt nämlich, die **b. p.** sei beim **testamentum principi oblatum** nicht nöthig, da der Erbe ja schon durch die **missio** ihre Vortheile erlange, und nun fügt er hinzu, die Agnition solle überhaupt Allen erlassen sein. Natürlich können doch aber unter diesen „Allen" nur die verstanden werden, welche ein Recht auf die **missio** haben, und das sind ja nur die testamentarischen Erben. Wenn auch für die übrigen Erben die **b. p.** aufgehoben würde, so wäre ja das kein Erlassen, kein **relaxare**, da sie kein solches an die Stelle tretendes Rechtsmittel haben, es würde eine Verschlechterung ihrer Stellung sein, was den Worten unseres Gesetzes doch vollkommen widerspricht.

Hiergegen wird man vielleicht einwenden, daß damals schon überhaupt allen **heredes** auch ohne Agnition das **Interd. quorum bonorum** zugestanden habe, daß also deßhalb sehr gut Valentinian ihnen die Nothwendigkeit der Agnition erlassen konnte, indem ihnen das possessorische Rechtsmittel dadurch doch nicht entzogen wurde. Wir werden im folgenden Kapitel sehen, daß die Stelle, worauf man sich für diese Behauptung beruft, dieselbe durchaus nicht beweist. Hier aber leuchtet jedenfalls

---

den Vortheil handelt, so heißt es die **b. p.** aufheben, wenn man sie für unnöthig erklärt, und den daraus hervorgehenden Vortheil an einfachere Voraussetzungen knüpft. Die Erbittung der **missio** hat man aber doch offenbar damals als das Einfachere angesehen.

ein, daß die unsrige ihr geradezu widerspricht. Denn wenn schon durch ein früheres Gesetz das Int. quor. bon. allen heredes auch ohne Agnition verliehen worden war, so war sie ja damit schon aufgehoben, weil das Interdict den einzigen eigenthümlichen Vortheil der Agnition bildete. Wie sollte aber der Kaiser die Nothwendigkeit der Agnition hier nochmals aufheben können? Und wie sollte der die besondere Aufhebung derselben beim test. pr. obl. dadurch rechtfertigen können, daß dem scriptus ein anderes Rechtsmittel, die missio, zustände, während er vielmehr sagen müßte, daß bei dieser neuen Testamentsform die Agnition deßhalb unnöthig sei, weil auch schon allen übrigen Erben ohne dieselbe das Int. quor. bon. zustehe?

Schon hiernach scheint mir jene entgegengesetzte Interpretation unmöglich, und nun erwäge man noch, daß, so sehr sich auch civile und Prätorische Erbantretung praktisch gleichgestellt hatten, doch die völlige formelle Aufhebung der letzteren noch immer ein zu wichtiger Punkt gewesen wäre, *um in einem Gesetze, das nur von Testamenten handelt, so ganz im Vorbeigehen und in so kurzen Worten abgethan zu werden*. Man bedenke ferner, daß bei dem Zustande der damaligen Rechtsquellen man gerne gewisse Unterschiede noch festhielt, um die klassischen Juristen besser zu verstehen, daß also, vor einer (damals freilich schon sehr nothwendigen) Compilation der gesammten Rechtsquellen, eine vollkommene Verschmelzung der Prätorischen Antretungsregeln mit der hered. aditio durchaus nicht passend gewesen wäre. Und zuletzt erwäge man noch Folgendes, was mir entscheidend zu sein scheint.

Wenn jetzt schon die Nothwendigkeit der Agnition allgemein aufgehoben wäre [7]), und sich dies bis Justinian in fast hundertjährigem Zeitraume festgesetzt hätte, wie sollen wir uns erklären, daß Justinian nun entschieden in seiner Compilation

---

7) Hugo nimmt dies freilich nur für den Westen an; aber die Novelle wurde doch auch im Osten publicirt, und sie wäre gewiß allgemein sehr gern befolgt worden, da es sich hier um die Aufhebung einer Beschränkung handelt; wogegen jenes Theodosische Gesetz, das umgekehrt beschränkend in die bisherige Sitte zu testiren eingriff, großen Widerstand finden mußte, und auch wirklich, wie wir gesehen haben, nur in den Städten des Orients durchdrang.

jene Nothwendigkeit wieder anerkennt? In allen anderen Lehren befolgt er doch stets das Princip, daß, wo ein freieres Recht an die Stelle früherer Formalitäten getreten ist, er nie diese letzteren, was auch für seine Zeit ganz unnatürlich gewesen wäre, wiederherstellt. Solch ein Kaisergesetz, wodurch die Agnition schon vor 100 Jahren vertilgt worden wäre, wieder aufzuheben, wäre, ich glaube nicht zu viel zu sagen, für Justinian eine reine Undenkbarkeit. Jedenfalls aber (wir wollen einmal zugeben, daß Justinian darauf hätte kommen können), würden sich dann doch Spuren in seiner Compilation finden, daß er zu dem früheren beschränkteren Rechte zurückgekehrt sei, er würde nicht ermangeln, uns die Gründe, die ihn dazu veranlaßten, wissen zu lassen. Von dem Allen ist aber gar nicht die Rede. Im Gegentheil an den Stellen, wo Justinian selbst von der Agnition redet, bezieht er sich ausdrücklich auf die frühere Kaisergesetzgebung, als eine von ihm durchaus anerkannte [8]), ja er lobt ausdrücklich allgemein seine Vorgänger in diesem Punkte [9]), er kann doch also unmöglich gerade das Endresultat, welches seine Vorgänger erlangt hatten, mißbilligt haben.

Wir sehen, daß weder die Stelle selbst, noch auch Justinians Gesetzgebung irgend das rechtfertigen, was man dem Valentinian hat zuschreiben wollen. Aber es ist hier schon ein besonderer Punkt zu erwähnen, auf den Löhr für seine Interpretation besonderes Gewicht legt. In seiner Uebersicht der Const. I. Heft. S. 92. Note 2. bemerkt er [10]), es werde dadurch die Interpretatio der Westgothischen Compilation „vollkommen" erklärt, welche, wie wir sehen werden, die Agnition der b. p. für gänzlich unpraktisch erklärt. Dagegen erhebt sich schon der Zweifel, daß gerade bei unserer Novelle, auf der die ganze Sache beruhen soll, die Interpretatio gar nicht davon spricht, daß sie an einer ganz anderen Stelle in einer Weise

8) s. oben §. 135. Note 4.

9) §. 10. I. de b. p. — Sed bene anteriores principes et huic causae providerunt. Anzunehmen, Justinian habe hier das Recht der letzten hundert Jahre übersehen, und irrthümlich das frühere Recht für das bis auf seine Zeiten fortbestehende gehalten, wäre doch zu gewagt.

10) Aehnlich auch in seinem Magazin III. 346. Note.

sich ausdrückt, welche zeigt, sie habe ein einzelnes aufhebendes Gesetz gar nicht vor Augen gehabt. Deßhalb drückt auch wohl v. Löhr später (Heft II. S. 39.) sich milder aus, es werde durch Valentinians Novelle die Interpretatio, oder „wenigstens das Schwierigste derselben“ erklärt.

Ich werde alsbald auf die genauere Erörterung dieses Punktes zurückkommen; jedenfalls giebt auch v. Löhr zu, daß die Valentinianische Stelle zur Erklärung der Interpretatio keineswegs genügt; und wir werden überhaupt wohl dahin gelangen, diese Erklärung auch ganz ohne jene Stelle zu finden, während wir, wenn Valentinian die Agnition wirklich aufgehoben hätte, auf eine Vereinigung dieser Bestimmung mit der Justinianischen Compilation wohl Verzicht leisten müßten. Es ist doch schon von vorn herein natürlicher, daß in der Westgothischen Compilation etwas aufgehoben wurde, was bisher dem Buchstaben nach noch bestand, als daß Justinian wieder etwas ins Leben gerufen hätte, was auch schon dem *Buchstaben nach* völlig verschwunden war.

Ich glaube hiernach als sicher annehmen zu dürfen, daß die Novelle Valentinians die Aufhebung der Agnition lediglich für das Gebiet der testamentarischen Succession angeordnet hat [11]). Daß aber in diesem Gebiete von keiner b. p. mehr die Rede sein sollte, zeigt gleich die folgende Novelle, welche die Agnition gar nicht mehr erwähnt, sondern lediglich von der missio ex edicto Hadriani redet [12]).

§. 1. in fin. Scripto enim taliter sufficiet heredi.

---

11) Jedenfalls nimmt es Wunder, daß heutzutage von dieser Stelle so wenig die Rede ist, während die l. 9 C. qui admitti, allenthalben und oft ganz allein angeführt wird, um die Umgestaltung der b. p. in der Kaiserzeit darzustellen. Und doch ist dies Gesetz, wenn auch recht bedeutend, doch im Laufe der ganzen Rechtsentwickelung nur von untergeordneter Wichtigkeit, da es in der ganzen Lehre nichts eigentlich umgestaltet hat, auch nicht einmal die Bedeutung der Agnition. Es hat nur den Leuten bequemer gemacht, was bis dahin mit ganz unnützen Unbequemlichkeiten behaftet war.

12) Deßhalb kann man nicht umgekehrt in den entgegengesetzten Fehler fallen, jene Worte quam generaliter omnibus relaxamus, in zu enger Interpretation, lediglich auf alle in einem test. principi oblatum Eingesetzten zu beziehen.

asserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipiunt sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur.

Nur eine Frage ist hier noch aufzuwerfen; Valentinian hebt die b. p. soweit auf, als das Gebiet der missio des Hadrian reicht. Fand nun diese auch bei mündlichen Testamenten Statt? — Wenn wir dies bejahen können, so dürfen wir auch die b. p. **secundum nuncupationem** für aufgehoben halten.

Die Quellenaussprüche sind aber freilich einer solchen Bejahung nicht sehr günstig. Es ist immer nur vom **scriptus heres** die Rede, und bekanntlich spricht auch Justinian bei der Bestätigung dieser Mission von der Vorweisung einer Testamentsurkunde. Dennoch scheint es mir wahrscheinlich, daß man analog auch beim mündlichen Testament sie zugelassen hat. Es ist auch hier wieder sehr natürlich, daß nur vom **scriptus** die Rede ist (s. Bd. I. S. 190), und es beweist das nichts gegen die mündlichen Testamente. Ueberhaupt aber war die **missio** gar nicht so, wie sie Justinian in der **l. ult. C. de ed. d. Hadr. toll.** auffaßt, an die Vorweisung einer Urkunde gebunden, sondern sie war die Folge der Testamentseröffnung und Publication, welche letztere wiederum wegen der Erbschaftssteuer unter bestimmte Regeln gestellt worden war [13]). Wie sich aber die Steuer und auch die Publication auf mündliche Testamente bezog, wenn gleich die **lex** nur von den im Leben durchaus vorherrschenden **tabulae** sprach, so wird man denn auch unbedenklich aus einem nuncupativen Testamente die mis-

---

13) Paul. rec. sent. III. 5. §. 16. In eo testamento, quod nec ut oportuit oblatum nec publice recitatum est, heres scriptus in possessionem mitti frustra desiderat. IV. 6. §. 3. Testamentum lex (vicesimaria) statim post mortem testatoris aperiri voluit. et ideo, quamvis sit rescriptis variatum, tamen a praesentibus intra triduum vel quinque dies aperiendae sunt tabulae; ab absentibus quoque intra eos dies, cum supervenerint, nec enim oportet testamentum heredibus aut legatariis aut libertatibus, quam necessario vectigali moram fieri.

sie ertheilt haben. Bestätigt wird dies durch die oben (Nro. 6) mitgetheilte l. 7. Th. C. de testamentis, wo nach Erwähnung der b. p. sec. tabulas und sec. nuncupationem mit aut certe die missio daran geknüpft wird, als etwas ex more an die Stelle Beider Tretendes.

Danach gewinnt denn auch die Novelle Valentinians den natürlichsten Sinn. Unter den omnibus weniger als alle testamentarischen Erben zu verstehen, würde gezwungen sein; da aber die b. p. doch nur so weit aufgehoben wird, als die missio reicht, so müssen wir auch annehmen, daß die missio ein allen testamentarischen Erben zustehendes Rechtsmittel war.

§. 140. — 9) Die Umgestaltungen der Agnitionsregeln sind, so weit sie den Justinianischen Compilatoren vorlagen, und auf die Abfassung des Corpus Juris eingewirkt haben, hiemit dargestellt. Es ist nur noch, ehe wir dies Kapitel schließen, anhangsweise anzugeben, in welcher Gestalt sich unsere Lehre in der Westgothischen Compilation vorfindet. Abgesehen von dem Interesse, welches dies schon an und für sich gewährt, ist es um der Rückschlüsse willen von Bedeutung, welche man daraus für den Inhalt jener Novelle Valentinians gezogen hat.

Wie nun das Breviarium Alaricianum die b. p. auffaßt, ist einfach genug zu sagen. Die Agnition derselben wird vollkommen als aufgehoben betrachtet, und die Rechte, welche das Prätorische Erbrecht gewährt, also das definitive durch her. pet. zu verfolgende, sowie das possessorische Int. quor. bon. werden schon durch formlose hereditatis aditio erworben; und gleiches Schicksal mit der Prätorischen Antretungsform hat die solenne cretio.

Die Beweise für diese Sätze sind leicht erbracht. Zu der l. un. Th. C. de cretione vel bonorum possessione bemerkt die Interpretatio:

> Cretio et bonorum possessio antiquo jure a praetoribus petebatur (!), quod explanari opus non est, quia legibus utrumque sublatum est. Et ideo infans, licet loqui non possit, tamen he-

reditatem sibi debitam capit, cui morienti pater aut is, qui proximus fuerit, ex lege[1]) succedit.

Deßhalb ist im Anfange des dritten Buchs von Paul. receptae sententiae der eigene Titel de bon. poss., woraus wir noch fr. 16 de bon. poss. u. fr. 7. rat. rem hab. besitzen, ganz weggelassen, und deßhalb erwähnt auch die Interpretatio, wenn im Texte die Agnition der b. p. noch vorkommt, derselben nie mehr. So sagt Paul. rec. sent. III. 5. §. 1. Hereditas — adiri non potest, neque bon. poss. postulari (s. auch §. 10), wogegen die Interpr. statt dessen nur die Worte hat: hereditas illius ab herede adiri non potest. So lautet bei l. 7 pr. Th. C. de testam., wonach gleich bei der Erbantretung der Wille erklärt werden soll, ob man als Erbe oder Fideicommissar auftrete (s. oben Nro. 6), ohne alle Unterscheidung von Agnition der b. p. und Erbittung der missio, folgendermaßen: tunc in primordio adeundae hereditatis suam publicare non desinat voluntatem, utrum ex testamento, an per nuncupationem, an per fideicommissum hereditatem sibi eligat vindicandam[2]). Und zu l. 1 Th. C. de legit. her., worin die b. p. agnitio für einen bestimmten Fall aufgehoben wird, heißt es: Sed in hac successione sola constitutio praesens sufficit, ut inter matrem, patruos eorumque filios et nepotes bonorum possessio praesumatur.

Was hier für einen besonderen Fall gesagt wird, ist überhaupt die allgemeine Anschauung der Interpretatio, d. h. die Agnition der b. p. wird präsumirt, und es steht jedem Erben, auch ohne die Agnitionshandlung, das besondere beneficium der b. p. nämlich das Int. quor. bon. zu. Dies Interdict wird aber ganz als eine gerichtliche Immission des Erben behandelt, wie die Darstellung zum tit. Th. C. quor. bon. sehr deutlich zeigt:

Justum esse decernimus, ut, quodcunque auctor usque in diem vitae suae tenuerit, petentibus

---

1) d. h. mit gewöhnlicher hereditatis aditio.

2) s. auch die Interpr. zu l. 2 Th. C. de integri rest. — cum primum ad eum hereditas defuncti pervenerit.

heredibus debeat consignari, illi postea, cui competit, actione servata. Virum quoque intestatae uxoris suae facultatem, quae sine filiis recessit, consanguineis ejus, qui legitimi sunt, tradere mox sine ulla dilatione praecipimus, et maritum minime prohibemus, si quas sibi competere putaverit actiones.

Es ist hier offenbar der Gegensatz gemacht zwischen einem eigentlichen processualischen Verfahren und der einstweiligen raschen gerichtlichen Consignirung der corpora hereditaria, um welche der wahrscheinliche heres auch ohne bestimmte Gegner nachsuchen kann, welche aber auch wo ein bestimmter Gegner und Besitzer vorhanden ist, ohne weitere Widerrede desselben, also ohne einen eigentlichen Proceß durchgesetzt wird. Hiernach ist also ein Unterschied des Int. quor. bon. von der missio ex edicto Hadriani gar nicht mehr vorhanden. Auch diese letztere ist eine richterliche Einweisung, mögen andere Besitzer vorhanden sein, oder nicht. Und da die Westgothische Compilation sie bei Testamenten anerkennt [3]), so ist damit das Int. quor. bon. auf die Intestatsuccession beschränkt, und nicht ohne Grund hat man deßhalb in den epitomirten Titel Th. C. quor. bon. nur eine von Intestaterben handelnde Stelle aufgenommen. Uebrigens war ja auch schon wie wir gesehen haben in der vorhergehenden Kaiserzeit die Anwendbarkeit des Interdictes auf die Intestatsuccession beschränkt worden, und so mag auch vielleicht schon im ächten Th. C. der davon handelnde Titel keine anderen Stellen weiter enthalten haben. —

Es bleibt mir nur noch zu untersuchen übrig, wie die Westgothische Compilation zu der eben dargestellten Gestaltung der b. p. gekommen ist, also namentlich aus welchem Grunde die Nothwendigkeit der Agnition hier als ganz aufgehoben erscheint, denn sobald man diese fallen ließ, so folgte das Uebrige eben Angegebene von selbst. Es ist vorher schon angeführt,

3) Interpr. zu Paul. rec. sent. III. 5 §. 15. Si inter institutum et substitutum heredem intentio de hereditate nata fuerit, ille in possessionem rerum hereditariarum mittendus est, qui institutus magis probatur, quam is qui legitur substitutus.

daß v. Löhr sie aus der Novelle Valentinians erklärt. Aber dann würde doch in der **Interpretatio** gerade bei dieser davon die Rede sein, was aber gar nicht der Fall ist. Vielmehr handelt die **Int.** davon bei Gelegenheit eines Gesetzes, welches nur eine ganz partielle Aufhebung der **b. p.** enthält. Da nun die Worte jener Novelle selbst auch gar nicht zu diesem Resultate führen, so können wir sie allein zu der Erklärung der Westgothischen Compilation überall nicht benutzen, auch nicht einmal so, daß man sich aus einem Mißverständniß derselben die Darstellung der **Interpretatio** entstanden denken könnte, denn dann würde sie sich doch wenigstens gerade auf dies Gesetz beziehen.

Die im Anfange dieses §. schon mitgetheilten Worte der **Int.** über die Aufhebung der **b. p.** geben uns aber sehr einfach an die Hand, wie man sich die Sache zu denken habe. Die **b. p.** wird mit der **cretio** zusammengestellt, und von Beidem bemerkt, es sei **legibus sublatum**. Ebenso wie wie wir nun von der **cretio** gesehen haben, daß die Kaisergesetze nur eine partielle Aufhebung derselben enthalten, was die **Interpretatio** aber als eine vollständige auffaßt, so können wir dasselbe wohl unbedenklich auch von der **b. p.** gelten lassen. Die **b. p.** war durch eine Reihe von Gesetzen schon in vielen Punkten aufgehoben worden, und zu diesen Gesetzen gehört denn allerdings auch die Novelle Valentinians. Man fand es nur eben passend, im **Breviarium** weder die **cretio** noch die **b. p.** fortbestehen zu lassen, und so stellte man beide so dar, als wenn sie schon durch die früheren Kaisergesetze vollständig aufgehoben worden wären. Auf historische Genauigkeit kam es ja den Verfassern nicht an, wie sie gerade in der angeführten Stelle sehr schlagend beweisen, indem sie von der **cretio** sagen, sie sei **antiquo jure** von den Prätoren nachgesucht worden.

Der eigentliche Aufhebungsgrund ist also lediglich im **Breviarium** selbst zu finden. Es schien kein praktisches Bedürfniß mehr, eine besondere Agnitionsform noch ferner bestehen zu lassen, und die Verfasser sind darum wahrlich nicht zu tadeln. Auch in Justinians Compilation hätte dies füglich ebenso gestaltet werden können, es ist aber nun einmal nicht völlig

geschehen. Sobald wir annehmen, es sei die Agnition in den Justinian vorliegenden Gesetzen noch nicht allgemein aufgehoben worden, so erklärt sich dies leicht. Justinian ist eben nicht darauf gekommen, hier eine völlige Aenderung eintreten zu lassen, oder er hat auch die Art, wie er die Agnition bestehen läßt, geradezu für seine Zeit passend gefunden [4]).

§. 141. Wir sind nunmehr zum Schlusse dieses Kapitels gelangt. Stellen wir die Resultate desselben nochmals kurz zusammen.

1) Die cretio ist vor Justinian noch keineswegs de jure ganz aufgehoben; ob sie in irgend einem der drei oben angegebenen Fälle noch wirklich im Leben vorgekommen sei, bleibt freilich ungewiß. Jedenfalls aber war sie nirgends mehr eine Nothwendigkeit, sondern konnte stets durch pro herede gestio ersetzt werden. (Nr. 1. 3. 4. 7.).

2) Die missio ex edicto Hadriani hat, so weit sie reicht, also für das Gebiet der testamentarischen Succession die Agnition der b. p. ganz verdrängt. (Nr. 5. 6. 8.).

3) Im Notherbenrecht und dem Intestaterbrecht, bestand, sobald es eine successio ex jure praetorio war, die Agnitionspflicht für den der Erbe werden will, im Allgemeinen noch fort. Nur ist sie ab intestato für die Mutter und die mit ihr concurrirenden Agnaten aufgehoben (s. Nr. 1), und damit also die eigenthümliche Reihenfolge vernichtet, welche wir in fr. 2 §. 18 ad SC. Tertull. finden [1]). Umgekehrt war dem für das Kind antretenden Vater auch die hereditatis aditio unter die Agnitionsregeln der b. p. gestellt worden (Nr. 4.), was aber später wieder für unnöthig erklärt wird (Nr. 7.).

Dagegen um im Notherbenrecht und in der Intestatsuccession das Int. quor. bon. zu haben, muß gleichmäßig bei jeder successio juris Praetorii und civilis (denn natürlich

---

4) Wir werden später hierauf zurückkommen.

1) Es ist zu bemerken, daß die l. 1 Th. C. de legit her. noch vor der l. 9 C. qui admitti erlassen wurde, welche erst das Agnosciren inter alienam vicem erlaubte. Aber auch nachher hatte die l. 1 noch ihre Bedeutung, da das Erbrecht der Mutter ein rein civiles sein sollte, also überhaupt nicht mehr der Agnition bedurfte.

kann auch jeder **heres b. p.** agnosciren) die Agnition in der bestimmten Frist geschehen, und wenn also, wie eben erwähnt wurde, der Mutter in **l. 1 Th. C. de legit. her.** ein rein civiles Recht verliehen wird (Nr. 1.), so ist nicht daran zu denken, daß sie besser gestellt sein sollte, als alle übrigen Civilerben, daß sie also nun auch ohne Agnition das **Int. quor. bon.** hätte anstellen können.

4) Wo aber, sei es zur Erlangung des definitiven Erbrechts, sei es um des **Int. quor. bon.** willen, die Agnition noch nöthig ist, da hat sie doch eine sehr vereinfachte Form erhalten (Nr. 2. u. 3.), so daß sie im praktischen Resultat wenig drückender war als die **aditio simplex.**

Viertes Kapitel.

Umgestaltung des Interdictum quorum bonorum.

§. 142. Unsere Untersuchung ist jetzt so *weit gediehen*, daß wir die völlige Umgestaltung des Begriffs der b. p. *in* der Kaiserzeit wohl als etwas Feststehendes betrachten können. Wir haben gefunden, daß sie schon zu Diocletians Zeit durchaus vorlag, daß die Veränderungen der Kaiser in den Agnitionsformen nicht die Ursache derselben, sondern die natürliche Folge gewesen sind. Es bleibt nun noch ein wichtiger Punkt übrig. Das **Int. quor. bon.** besteht in der Kaiserzeit, wie schon oben bemerkt wurde, durchaus fort, aber es ist die Frage, ob es unverändert die Gestalt behalten konnte, welche wir in unserem ersten Bande als das Ergebniß der klassischen Juristenzeit gefunden haben. Ich habe dort entwickelt, daß diese Gestalt, wie die Quellen sie uns nachweisen, genau mit dem ganzen Wesen und Begriff der b. p. zusammenhängt und sich daraus erklärt. Indem nun aber dieser Begriff umgeworfen wurde, mußten nothwendig auch seine Folgerungen, und darunter gehört das **Int. quor. bon.**, gleiches Schicksal theilen. Es ist oben schon ausgeführt, daß die **fictitiae actiones** seit Diocletian ihre Eigenthümlichkeit völlig verloren haben; ebenso gut wie der Prätorische Erbe ganz gleich dem **heres** die **successionis vindicatio** hat, so hat er auch die diesem zustehenden Einzelklagen (dingliche wie persönliche), und da das Prätorische

Erbrecht ein durchaus definitives geworden, so ist natürlich von einer Fiction weder bei der **her. petitio** noch bei den Einzelklagen die Rede.

Das **Interdictum quor. bon.** ist dagegen nicht, wie die **fictitiae actiones**, in der allgemeinen Ausgleichung der petitorischen Erbrechtsmittel untergegangen, aber seine bisherige Gestalt konnte es doch nicht behalten. Daß es in der Kaiserzeit ein durchaus anderes Rechtsmittel geworden ist, welches mit seiner früheren Gestalt nur noch in einzelnen Punkten, die aber jetzt auf ganz anderem Grunde ruhen, übereinstimmt, — das zu beweisen liegt mir jetzt ob. Dieser Beweis ist natürlich auf zwei Punkte zu richten, wir müssen den Inhalt der Umgestaltung, und die Zeit, in die sie zu setzen ist, prüfen. Beide Punkte aber können in der Darstellung selbst nicht äußerlich getrennt werden. Wir werden sehen, daß die Umbildung des Interdicts mit der Umgestaltung des ganzen Begriffs der **b. p.** Hand in Hand gehen mußte, also schon um die Zeit Diocletians zu setzen ist. Als Einleitung zu unserer Untersuchung muß ich zuerst den Begriff der **b. p.**, zur Zeit der klassischen Juristen, wie er im ersten Bande, in die einzelnen Untersuchungen zerstreut, ausgeführt ist, hier in seinen Hauptpunkten noch einmal besonders genau zusammenstellen.

Die **bon. possessio** ist nach Anschauung der klassischen Juristen noch durchaus nicht mit der **hereditas** zu coordiniren, sondern beide verhalten sich so zu einander wie die (**rerum**) **possessio** und **dominium** [1]). **Possessio** ist die factische Ausübung des Eigenthümsrechts, **bon.** oder **hereditatis possessio** die factische Ausübung des Erbrechts, und gerade deßhalb hat sie eben diesen Namen bekommen. Beide, **possessio** und **bonorum possessio**, sind indeß nicht bloß factische Verhältnisse, sondern Rechte, aber sie unterscheiden sich noch wieder dadurch, daß der **bon. possessor** stets **auctore Praetore possidet** [2]), während das bei der **possessio** vorherrschend

1) Bd. I. S. 215 ff Von den heredes wird gesagt (fr. 9 §. 12 de her. inst.) juris successores sunt, von der b. p. (fr. 3 §. 1 de bon. p.) juris possessio est. Dies objective jus ist bei Beiden dasselbe.

2) Bd. I. S. 222.

nicht der Fall ist. Deßhalb gewinnt die bon. poss. einen durchaus juristischen Charakter, während die possessio non solum juris sed et corporis ist.

Beide aber sind troz dieser Verschiedenheit doch immer darin gleich, daß sie, besondere Ausnahmen abgerechnet, nur interimistische Rechte sind, in deren eigentlichem Wesen das dauernde Behalten des Rechts, das man ausübt, durchaus nicht enthalten ist. Ueber Erbrecht entschieden früher bei den Römern die Centumvirn [3]), der Prätor kann in Folge seines Imperium allerdings einstweilige Verfügungen über rasche Regulirung der Erbschaftsangelegenheit nach bestem Ermessen treffen, aber dem Erbrecht selbst wird dadurch nicht präjudicirt. Wenn die Römer sagen, der bon. possessor sei kein heres, so dürfen wir das nach ihrer damaligen Anschauung nicht übersetzen, er sei kein Civilerbe, das war auch noch in der späteren Kaiserzeit ebenso und verstand sich von selbst, — sondern er war überhaupt nicht (definitiver) Erbe, er war nur der durch Prätorische Machtvollkommenheit constituirte Ausüber des Erbrechts, also loco heredis, fictus heres.

Diese Ausübung ist aber im weitesten Sinne genommen, sie umfaßt nicht bloß den Besitz der körperlichen Sachen, sie umfaßt die vollkommene Repräsentation des Verstorbenen, also die bon. poss. ist allerdings Universalsuccession, aber doch eben nur die Ausübung der Universalsuccession [4]). Deßhalb wird bei der bon. possessio und den dadurch veranlaßten Processen vom definitiven Erbrecht gar nicht gehandelt, und gerade hiedurch wird sie zu einem für heredes und nicht heredes dem Namen [5]) wie der Sache nach gleichmäßig passenden Institute. Für den heres um der raschen Besitzerlangung willen [6]), für den Nichtheres, damit wegen der Säumigkeit des heres Jemand da sei, der tanquam heres distrahere hereditatem [7]), und alle Interessirte befriedigen könne.

---

3) Bd. I. S. 393 ff.
4) Bd. I. S 397.
5) Bd. I. S. 97. S. 291.
6) Bd. I. S. 95. ff. S. 394.
7) fr. 23 de her. inst.

Freilich kann es kommen, daß dieser Nichtheres nun auch die Erbschaft behält. Deßhalb hat der Prätor nicht jeden Beliebigen, sondern nur die späteren Civilklassen und andere nahe stehende Personen zu seinem Institute berechtigt, und ihnen eine gewisse Legitimation vorgeschrieben. Aber das ist nicht an und für sich die Folge des Begriffs der **b. p.**, sondern das Resultat von Zufälligkeiten, oder von einigen auf ganz besonderen Gründen ruhenden Ausnahmen. Der Begriff der **b. p.** ist dadurch nicht umgestoßen worden, und konnte es nicht werden, der eigentliche Begriff liegt nicht in dem accidentalen **majus**, sondern in dem **minus**, welches (im Gegensatz zu der **b. p. non data**) als vollkommen gültige **b. p.** erscheint, d. h. in der **b. p. sine re** [8]. Nach ihr, nicht nach der **b. p. cum re**, sind die Rechtsmittel der **b. p.** construirt. Deßhalb kann es zur Zeit der klassischen Juristen noch keine allgemeine **her. pet. possessoria** geben [9], deßhalb wurden die **fictitiae actiones** so concipirt, daß von einer **exceptio rei judicatae** gegen die **her. pet.** nicht die Rede sein konnte [10], deßhalb endlich kann das **Int. quor. bon.** nur auf **possessio** gehen, die Frage über definitives Erbrecht darf nicht eingemischt, oder was dasselbe sagt, das Interdict kann, abgesehen von ganz eigenthümlichen Ausnahmen, auch gegen den **heres**, so lange dieser nicht durch die **her. pet.** der **b. p.** den **effectus** genommen hat, siegreich angestellt werden [11]. —

Hiebei ist freilich, wie sich von selbst versteht, nicht zu läugnen, daß die **b. p.** schon zur Zeit der klassischen Juristen ihrem praktischen Effekte nach mehr war, als was ihr eigentlich juristischer Begriff sagt. Gerade weil doch schon Ausnahmen bestanden, wo sie gleich von vorn herein **cum re** ist, weil ferner die Zahl der **legitimi heredes** so klein war, und deßhalb so häufig Cognaten und Ehegatten das Vermögen behielten, so war sie allerdings ein Institut, das zu mehren Zwecken diente, als zur interimistischen Repräsentation des säumigen **heres**. Es war in der That dadurch die Berücksichti-

8) Bd. I. S. 224.
9) Bd. I. S. 295.
10) Bd. I. S. 321.
11) Bd. I. S. 322. S. 384.

gung aller möglichen bei einem Erbfalle vorkommenden Interessen, die nothwendige Ausbildung und Erweiterung des ganzen Römischen Erbrechts erlangt worden. Aber mit dem Nutzen, den ein Institut dem praktischen Resultate nach gewährt, und mit dem Gebiete der Lücken, die es dem Effekte nach ausfüllt, ist sein juristischer Begriff nicht zu verwechseln. Die Römischen Juristen halten diesen Begriff noch immer aus früherer Zeit her unverändert fest, obgleich das Institut nach seiner Ausdehnung dem Begriffe fast über den Kopf gewachsen war. Sie mußten ihn festhalten, weil doch die Fälle der b. p. sine re noch immer häufig genug waren, und weil ferner magistratische Besitzesertheilung doch stets einen anderen Charakter hat, als im Gesetze verliehenes Erbrecht.

Zur Umbildung der b. p. gehörten noch andere von außen herzutretende Momente, damit sie auch dem juristischen Begriffe nach das werden konnte, was sie freilich dem praktischen Effekte nach schon vielfach ausfüllte. Wir haben als den Grund, der dies bewirkte, abgesehen von dem Verschwinden der Rechtswissenschaft, die veränderte Stellung des Prätors erkannt, das Wegfallen des freien Ermessens und des directen Eingreifens, womit er früher ohne stete Anordnung von eigentlichen Processen die Erbschaftsangelegenheiten kraft eigener Machtvollkommenheiten regulirte. Ohne den Römischen Prätor ist keine bon. poss. im alten Begriff denkbar, und so setzte sich denn erst mit der veränderten Stellung der Beamten und mit dem Wegfallen einer lebendigen Rechtskenntniß, der neue Begriff von selbst, d. h. ohne alles Kaisergesetz, an die Stelle.

§. 143. Vergleichen wir nun mit diesem juristischen Begriff der bon. possessio in der klassischen Zeit den neuen der späteren Kaiserzeit, wie er in den vorhergehenden drei Kapiteln entwickelt ist, so läßt sich daraus leicht entwickeln, was nothwendig aus dem Int. quor. bon. werden mußte.

Wir können kurz sagen, daß der alte Begriff der b. p. durchaus auf possessorischen Elementen ruht, während der neue Begriff ganz aus petitorischen besteht. **Bonorum possessio** heißt jetzt nur noch die (definitive) **successio ex**

jure Praetorio, die b. p. sine re giebt es nicht mehr. Die Agnition ist nichts, als eine besondere Antretungsform, der, wenn Gegner vorhanden sind, die her. pet. nachfolgen muß, damit auch richterlich festgestellt werde, daß man in der That der nächste Erbe sei, und also die Antretungshandlung überhaupt von juristischer Bedeutung war. Also wer ex jure Praetorio zur successio gerufen ist, der muß, wenn er die successionis vindicatio anstellt, beweisen, daß er die b. p. agnoscirt habe, ebenso wie der Civilerbe, welcher die her. pet. anstellt, sich auf die her. aditio stützen muß.

Dieser Satz ist nach den oben mitgetheilten Stellen für die Zeit Diocletians nicht zu bezweifeln. (§. 125. Nro. 1. 2. 3. 4. 6. 7. 8). Nach dem alten Begriff der b. p. war es gerade umgekehrt. Wer b. p. agnoscirt hat, stellt nicht die her. pet. an, sondern hat die Vortheile der Beklagtenrolle, und wartet ruhig, bis ein Anderer mit der her. pet. gegen ihn auftritt, und zeigt, daß er dem b. poss. vorgehe. Bis dahin ist der letztere, wie es ja das Wort schon sagt, possessor hereditatis, und um sich auch factisch in den Besitz zu setzen, hat er die Prätorischen Rechtsmittel, und namentlich wegen der corpora hereditaria das Interd. quor. bon. auch gegen den heres, auf einstweilige Herausgabe des Besitzes [1]). Dies exorbitante Recht aber, daß der bon. possessor

1) Ich sage: auf einstweilige Herausgabe des Besitzes, weil dies die Grundidee der b. p. ist, und auch in der klassischen Juristenzeit noch durchaus vorherrscht. Bei der c. t. und unde liberi war es freilich anders, da der Zweck dieser Klassen darin bestand, dem b. possessor gegen den heres, welchem gegenüber die b. p. correctorisch war, definitiv das Vermögen zu verleihen. Um desto mehr war aber natürlich bei diesen Klassen die exceptio, daß der Bekl. heres sei, gegen das Interdict unzuläßig, weil ja sogar dem heres hier, auch nach der Besiegung im Interdictsproceß, die her. pet. denegirt wurde. Anders ist die Stellung des b. possessor unde liberi gegen den scriptus heres; diese erklärt sich ganz aus der Grundidee der b. p. Der heres war säumig gewesen, hatte die b. p. nicht agnoscirt, und der b. possessor siegt gegen ihn mit dem Interdict eben wegen dieser Säumigkeit, aber dafür auch nur interimistisch, indem der scriptus heres dann hinterdrein die b. p. durch die her. pet. zur sine re machen kann. — Wir dürfen aber nicht vergessen, daß von dieser allgemeinen Regel, der heres dürfe

einstweilen auch gegen den heres siegte, hatte doch wahrlich seine ganz gemessenen Voraussetzungen, welche einfach darin ausgedrückt werden, daß der, welcher das Int. quor. bon. anstellen will, die b. p. agnoscirt haben mußte. Im ganzen Verlauf des Werks haben wir nun aber ausgeführt, daß bei jeder Agnition, sei es contra oder secundum tabulas sei es ab intestato, der Prätor gewisse bedingende Beweise fordert. Nach der Ertheilung folgte dann freilich das Int. quor. bon. von selbst, ohne weiteren Beweis vor dem judex, daß der Kläger mit Recht die b. p. erbeten habe, ja auch nur daß die b. p. ertheilt worden sei [2]), aber die Freiheit von diesen Beweisen im Interdictsproceß erklärt sich doch nur daraus, daß der Prätor, welcher das Interdict gewährte, vorher selbst die b. p. ertheilt hatte [2a]), und zwar nur in Folge von einer besonderen dabei erbrachten Legitimation oder weil ihm die Persönlichkeit des Erbittenden bekannt war. Der Prätor ertheilte die b. p. stets nach einer seiner Ueberzeugung genügenden Wahrscheinlichkeit, daß der Erbittende die richtige Person sei, denn sonst hätten ja sehr häufig ganz ungültige Ertheilungen der b. p. vorkommen müssen, deren Folge dann gewesen wäre, daß in demselben Erbfalle bis zur Constatirung der Ungültigkeit keine b. p. an die wirklich Berechtigten mehr ertheilt worden wäre, und daß ganz unbefugte Personen durch das Interdict selbst vom heres sich den Besitz der Erbschaftssachen hätten einfordern können, was doch ganz undenkbar ist.

---

sich nicht auf sein Erbrecht berufen, bereits in der klassischen Juristenzeit eine wichtige Ausnahme bestand, nämlich bei der b. p. aus vitiösen Testamenten. Hier hat der legitimus, gleich wenn der b. possessor possessionem petat, die exceptio doli mali. (§. 107. Note 4 u. 5). Aber diese Ausnahme erklärt sich von selbst aus der eigenthümlichen Natur dieser b. p., bei der der Prätor den Instituirten erst hinter dem legitimus schützen will, und Letzteren auch gar kein Vorwurf der Säumigkeit wegen Nichtagnition der b. p. trifft.

2) Bd. I. S. 386 Wohl aber konnte, wie dort ausgeführt ist, der Gegner vernichtende Beweise vorbringen.

2a) Valer. Maxim VII. 7 §. 6. „Genucius — a praetore impetraverat, ut restitui se in bona Naeviani juberet (das Interdict ist bekanntlich ein restitutorisches), quorum possessionem secundum tabulas testamenti ab ipso acceperat."

Wir können also auch so sagen: das so sehr bedeutende Recht, selbst den heres einstweilen besiegen zu können, ruht allerdings auf ganz festen Voraussetzungen, nämlich auf der nach dem Ermessen des Prätors zu beurtheilenden Wahrscheinlichkeit, daß der Kläger der wirklich zur Erbschaft Berechtigte sei [3]). Sonst wäre ja auch das Interdict ein höchst gefährliches und ganz unbegreifliches Institut gewesen. Nur bestand zur Zeit der klassischen Juristen die Regel, daß diese Wahrscheinlichkeit, worauf das Interdict ruht, nicht vor dem judex des Interdictenverfahrens dargethan, sondern gleich im Voraus vom Prätor bei der Ertheilung der b. p. beurtheilt wird. Und das hat seinen guten Grund darin, daß nun bei mehrmaliger Anstellung des Interdicts, ferner bei den vielen möglicherweise activ oder passiv anhängig gemachten fictitiae actiones, endlich überhaupt bei allen möglichen vom b. possessor einzugehenden Rechtsgeschäften, nicht immer wieder von Neuem die Legitimation des b. p. wiederholt zu werden brauchte. (Bd. I. S. 391). Gerade darin lag das Heilsame der b. p. für die damalige Zeit, daß der Prätor selbstthätig die Zügel bei der Leitung der Erbschaftsangelegenheit in die Hand nahm, daß er eine raschere Erledigung der nöthigen Processe bewirkte, und in vielen Fällen überhaupt Processe ganz unnöthig machte, während, wenn er die b. p. ohne alle Bescheinigung und eigene Beurtheilung ertheilt hätte, z. B. jeder Schuldner, auch wenn er gern gutwillig zahlen wollte, es um der eigenen Sicherheit willen zum Proceß kommen lassen mußte, damit erst in diesem Proceß das Recht des Gegners auf die b. p. gehörig festgestellt würde.

Dies Alles aber gewinnt offenbar eine ganz andere Gestalt, seitdem das directe Eingreifen des Magistrats bei der

3) Man kann vollkommen sagen, daß es die Wahrscheinlichkeit sein mußte, der b. possessor werde auch wirklich die Erbschaft dauernd behalten (cum re), denn der ihm vorstehende heres hatte ja die Agnition versäumt, ward also als nicht vorhanden präsumirt (fr. 1 §. 10 de succ. ed.), und wo es sicher war, daß er sich dennoch der Erbschaft annehme, ward ja vielleicht gar keine b. p. ertheilt. Bd. I. S. 234.

Regulirung der Erbschaftsangelegenheiten verschwindet, und d Beamten jedem sie Angehenden die b. p. ohne Weiteres e theilen, anfangs noch unter den alten Formalitäten, bald ab auch ohne diese, und auch ohne daß der Beamte der compe tente Richter zu sein brauchte, weßhalb denn jetzt vor gan verschiedenen Behörden die Prätorische Erbantretung verschie dener Erbprätendenten vorgefallen sein konnte. Es versteht sich doch von selbst, daß nun ein solcher in entfernter Klasse Stehender nicht mit etwaiger bloßer Nachweisung, er habe b. p. zu rechter Zeit agnoscirt, gegen den in früherer Klasse stehenden heres auftreten und mit dem Interdict den Besitz der Sachen, ohne daß sich der heres auf sein Erbrecht berufen dürfte, erlangen konnte [4]). Es wäre sonst wirklich das Interdict das gefährliche, man kann sagen widersinnige Institut geworden, welches es zur Zeit der klassischen Jurisprudenz wahrlich nicht war, und wovon wir auch in der späteren Kaiserzeit nicht die geringste Spur entdecken können.

Es leidet also wohl keinen Zweifel, daß jetzt gegen den mit dem Interdict Auftretenden der heres die Behauptung vorbringen kann, er sei heres, deren Wahrheit nun schon gleich constatirt werden muß, und daß also nur, wenn sich auf Seiten des Klägers besseres Recht findet (d. h. wenn der Gegner nicht heres ist), von einem Siege des Klägers die Rede sein kann. — Was wird denn aber nun in diesem Proceß festgestellt? Offenbar doch das definitive Erbrecht, der Proceß ist also, auch wenn der Kläger seine Klage anfangs Int. quor. bon. genannt haben mogte, eine reine hereditatis petitio, eine successionis vindicatio.

Hierin liegt der in sehr einfachen Worten auszusprechende Satz: Das Int. quor. bon. kann nicht mehr gegen den heres angestellt werden, denn der Proceß verwandelt sich dann von selbst in die her. petitio. Dieser Satz ist die nothwendige Folgerung aus dem anderen oben bewiesenen Punkte, daß die Agnition der b. p. zu Diocletians Zeit nicht

4) Mit anderen Worten: die exceptio doli, welche der heres dem Interdicte zur Zeit der klassischen Juristen nur in einem Ausnahmsfall entgegensetzen konnte (Note 1), mußte jetzt ein allgemeines Vertheidigungsmittel im Interdictenproceß werden.

mehr wie früher auf eine vom Prätor beurtheilte Wahrscheinlichkeitsrechnung gebaut, sondern eine reine Form geworden war, die also natürlich gar keine Basis mehr gewährte, um dem mit dem Interdicte Klagenden den Sieg gegen den heres verschaffen zu können.

Hiemit ist, wie wir nachher noch weiter zu verfolgen haben, die völlige Umgestaltung des Interdicts gegeben. Wir müssen vorher noch, ehe wir hierauf eingehen, die äußeren Quellenzeugnisse kennen lernen, wodurch dieser unser Hauptsatz bewiesen wird.

Der vollkommene Beweis, daß sich zwischen Gaius und Justinian das Interdict in der angegebenen Weise umgebildet hat, liegt in der Zusammenstellung folgender beiden Stellen:

> Gai. IV. 144. — Interdictum — cujus principium est: quorum bonorum; ejusque vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur: pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse; pro possessore etc.
>
> §. 3 I. de Interd. — Interdictum —, quod appellatur Quorum bonorum; ejusque vis et potestas haec est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse; pro possessore etc.

Niemand wird denken, daß hier in den Institutionen die Worte: tam is qui heres est aus Versehen weggelassen seien. Aber man könnte der Meinung sein, daß die Compilatoren, indem sie diese Worte strichen, erst selbst die Umgestaltung des Interdicts hervorriefen, daß diese nicht schon in der vorhergehenden Kaiserzeit bestanden habe. Gegen eine solche Ansicht braucht nicht einmal hervorgehoben zu werden, daß der Kaiser über eine so wichtige Neuerung, wenn er sie zuerst hervorgerufen hätte, doch nothwendig etwas mehr Worte gesagt haben müßte,

während es sich von selbst verstand, daß bei der Abfassung d Institutionen von den Gaianischen Worten ohne weitere Bemerkung das gestrichen wurde, was sich schon seit Jahrhunderten umgestaltet hatte. Es braucht jener Auffassung, (falls überhaupt sich ihr Jemand zuneigen wollte) lediglich unsere obige Argumentation entgegengehalten zu werden, durch die wir an den Satz selbst gelangten. Die Umgestaltung des Interdicts ist die nothwendige Folge der Umgestaltung der ganzen b. p., deren Agnition nicht mehr einer dem Richter zu verschaffenden Ueberzeugung der Wahrscheinlichkeit, daß der Petent der wahrhaft Berechtigte sei, bedurfte. Da diese Umgestaltung schon zu Diocletians Zeit feststeht, so müssen wir auch dem Interdicte schon jetzt den angegebenen Charakter zuschreiben.

Und dies bestätigt auch vollkommen das oben schon mitgetheilte Rescript Diocletians, (§. 127 Note 6), woraus wir dort entwickelten, daß es damals keine b. p. sine re mehr gab. Es ist darin die Rede von einer späteren *Klasse*, welche b. p. agnoscirt hat, der aber in früherer Klasse Andere *ent*gegenstehen, die Agnatenrecht in Anspruch nehmen. Früher *be*kam hier erst der b. possessor das Vermögen durch Hülfe des **Interdictum quor. bon.**, die Gegner mußten mit der her. pet. auftreten und ihr Agnatenrecht beweisen. Diocletian *aber* setzt gerade umgekehrt den, der die Agnition der b. p. beweist, als Kläger mit der her. pet. voraus, er sagt, nur wenn die Gegner nicht Agnaten seien, habe er überhaupt die her. pet. (eorum vindica successionem), darin also liegt, daß die Gegner, wenn sie wirklich Agnatenrecht haben, das ganze Recht des bonorum possessor ausschließen; mithin müssen sie sich natürlich auch gegen den klagenden b. possessor gleich auf ihr früheres Erbrecht berufen können. Die b. p. hat daher gegen eine frühere Erbklasse gar keine selbständige interimistische Autorität, mit anderen Worten, es giebt gegen sie kein Interdict mehr, und deßhalb setzt der Kaiser als sich von selbst verstehend voraus, daß die Klage, welche der bon. possessor gegen die Agnaten anstellt, die her. pet. ist, weil das Recht der voranstehenden Klasse gleich in diesem Proceß untersucht werden muß, und der Kläger nur siegt, wenn er dies Recht als nicht vorhanden erweist.

§. 144. Wir haben nun, nach Feſtſtellung des Fundamentalſatzes, weiter zu verfolgen, ob auch die übrigen Punkte unſeres Interdictes entweder aus der klaſſiſchen Zeit unverändert fortbeſtanden oder eine andere Geſtalt gewannen. Am Paſſendſten läßt ſich die Darſtellung an das Reſcript Diocletians, welches wir noch in l. 2 C. quor. bon. beſitzen, anknüpfen, indem darin alle Hauptpunkte des Interdicts mit abſichtlicher Genauigkeit zuſammengeſtellt ſind [1]).

> **Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, 1) recte petita bonorum possessione, quaesisti successionem, ac negotium integrum est, 2) quae cum moreretur ejus fuerant, secundum interdicti Q u o r u m b o n o r u m tenorem 3) ab his, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desierint possidere, 4) tibi rector provinciae restitui efficiet.**

Der Kaiſer ſtellt die einzelnen Bedingungen, die wir mit Zahlen bezeichnet haben, faſt ganz mit den Edictsworten dar. Wir wollen ſie in derſelben Reihenfolge durchgehen.

1) Das nothwendige Erforderniß des Interdictes iſt, daß man **bon. poss.** unter den richtigen Vorausſetzungen und namentlich in der damals noch nöthigen Form (**recte petita**) agnoscirt haben muß. Oben (§. 132 Note 4 u. 5) iſt bereits bemerkt, daß ganz ähnlich Diocletian öfter von einer **solenniter petita b. p.** ſpricht, weßhalb denn mit Unrecht in der Herrmannſchen Ausgabe des Codex zwiſchen **recte** und **petita** ein Komma geſetzt worden iſt.

Dieſe Agnition muß man aber im Interdictsproceß beweiſen, und darin unterſcheidet ſich die Zeit Diocletians we=

---

1) Ich muß hier, mich eines Fehlers anklagend, die Interpretation widerrufen, welche ich Bd. I. S. 387. f. und S. 392. Note 11 von dieſer Stelle gegeben habe. Obgleich ich ſchon damals die in dieſem dritten Buche ausgeführte Anſicht über Umgeſtaltung der b. p. hegte, ließ ich es doch außer Acht, davon auf dieſes Reſcript Diocletians die gehörige Anwendung zu machen, und interpretirte es aus dem Rechte der klaſſiſchen Juriſten. Dagegen bleibt die Erklärung der l. 1 C. quor. bon. (vom Jahr 197), welche Bd. I. S. 389 folgt, vollkommen beſtehen.

sentlich von der der klassischen Juristen. In unserer Stelle findet sich freilich diese Beweispflicht nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber sie wird doch sehr deutlich hier vorausgesetzt. Wir können nämlich daran unmöglich zweifeln, weil, wie wir vorher nachgewiesen haben, auch zur Anstellung der her. pet. dieser Beweis jetzt nöthig war, und ganz dieselben Gründe für das Interdict sprechen. Die Ertheilung des Interdicts ist nicht mehr Etwas, dessen Zulässigkeit der Prätor, der selbst die b. p. ertheilt hat, beurtheilt. Das Interdict ist eine Klage, wie jede andere, und so muß sich, was schon immer Voraussetzung des Interdicts gewesen, aber der Prätorischen Untersuchung überlassen war, jetzt zu einem gewöhnlichen Beweispunkte im Proceß gestalten.

Wenn wir aber sagen, der Kläger müsse die Agnition beweisen, so liegt darin noch mehr, er muß auch darthun, daß er sie mit Recht agnoscirt habe, die b. p. muß recte petita sein.

Früher war auch dies wieder anders. Nur die vernichtenden Beweise konnten allerdings im Interdictenproceß und zwar vom Gegner vorgebracht werden, weil der Kläger in Folge der bedingenden Beweise, worauf die Agnition ruht, als der zur Erbschaft Berechtigte präsumirt wurde. Ueber die bedingenden Beweise aber fand im Interdictenproceß kein weiteres Beweisverfahren statt, weil dies ja gerade das Gebiet war, welches der Prätor seiner eigenen Beurtheilung reservirt hatte. Freilich haben wir auch hier anzunehmen (Bd. I. S. 391), daß je nach dem Prätorischen Ermessen auch bedingende Beweise in den Interdictenproceß hinübergeschoben werden konnten, indeß die Regel bildete das nicht.

Jetzt aber, wo die Prätorische Beurtheilung bei der Agnition hinwegfiel, mußte sie natürlich durch einen vom Kläger zu leistenden Beweis im Interdictenproceß ersetzt werden, sonst hätte ja die Klage gar keine sichere Basis gehabt, und unmöglich kann man doch dem Bekl. gleich von vorn herein den Beweis, daß die b. p. non recte petita sei, zuwälzen. Dies scheinen denn auch die Worte unserer Stelle: ac negotium integrum est zu sagen, sie sind die Erklärung des Vorhergehenden: die b. p. müsse recte petita sein. Der Kläger

muß darthun, daß er ein wirkliches Recht zur Agnition habe, daß ſie eine begründete Rechtshandlung (negotium integrum) geweſen ſei [2]).

2) Der Gegenſtand des Interdictes (quae cum moreretur ejus fuerunt) wird von Diocletian ganz dem früheren Recht gemäß angegeben. Wenigſtens haben wir gar keinen Grund, die angeführten Worte in einem anderen Sinn, als worauf das Interdict bisher gerichtet war, zu verſtehen. Eben ſo haben wir Diocletian ſchon in einer anderen Stelle ſich ausdrücken ſehen (§. 132 zu Note 4 u. 5), worin eine ſehr deutliche Hinweiſung auf das Int. quor. bon. enthalten iſt. Sonſt könnte man verſucht ſein, die Worte entweder zu eng auf bloße Eigenthumsſachen zu beziehen (Bd. I. S. 388), oder umgekehrt ihnen einen zu weiten Sinn beizulegen. Ulpian definirt nämlich die b. p. als jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque quum moritur fuit [3]). Mir ſcheint allerdings, daß Diocletian, der offenbar in unſerer Stelle überhaupt die alten Edictsworte wiederholt, auch hier abſichtlich ſich an die althergebrachte Definition der b. p. und an Worte anknüpft, die vielleicht ſelbſt im Edict ſtanden. Aber daraus dürfen wir natürlich nicht ſchließen, daß Diocletian ſie in ſo weitem Sinn genommen als Ulpian in ſeiner Definition, daß hier alſo das Interdict über das Gebiet der corpora hereditaria hinaus erweitert worden ſei. Wir finden es in der ganzen Folgezeit unverändert in dieſen Gränzen, und da ja in Ulpians Definition jedenfalls auch die corpora hereditaria und alſo das Int. quor. bon. mitbegriffen iſt, ſo konnte der Kaiſer ohne Furcht vor Mißverſtändniſſen ſehr wohl ſich dieſer Worte bedienen.

3) An den Gegenſtand des Interdictes fügt denn unſere Stelle die Perſon des Beklagten. Sie führt ebenſo wie die Edictsworte in fr. 1 pr. quor. bon. den pro herede und pro possessore possessor und den qui dolo fecit, ut desineret possidere an. Ausgelaſſen alſo iſt nur die ſich auf den

---

2) Freilich laſſen ſich die Worte immerhin, obgleich es mir nicht wahrſcheinlich iſt, auch ſo verſtehen, wie bereits Bd. I. S. 388 Note 7 am Ende angedeutet iſt.

3) fr. 3 §. 2 de b. p. Bd. I. S. 398.

pro herede und pro possessore possessor beziehende Bestimmung: possiderisve si nihil usucaptum esset, welche dies Edict wahrscheinlich schon vor Hadrian enthielt (Bd. I. S. 101), die dagegen, seitdem die pro herede usucapio auch hinterdrein durch die her. pet. revocabel war, als etwas nicht mehr Hervorstehendes leicht wegbleiben konnte.

Unter dem pro herede possessor haben wir nun aber nicht mehr, wie Gaius sagt, den heres und den qui putat se heredem esse, sondern lediglich den Letzteren zu verstehen. Es ist wohl sehr wahrscheinlich, daß der so besonders wichtige Satz, unter dem pro herede possessor werde beim Interdict auch der heres begriffen, im Edicte selbst bemerkt war, und in das fr. 1 quor. bon. nur nicht mit aufgenommen wurde, ebenso wie man ihn auch bei der Abfassung der Institutionen strich. Die besondere Hervorhebung war doch sehr nothwendig, da man im Uebrigen bei der her. pet. von jeher gewohnt war, unter dem pro herede possessor den heres selbst natürlich nicht mit zu begreifen. Sehr erklärlich ist es daher, daß hier in unserer Stelle, weil damals das Interdict, ebenso wie die her. pet., nur gegen den qui putat se heredem esse möglich war, dies gar nicht besonders hervorgehoben wird, weil einestheils dies als eine bekannte Sache vorausgesetzt werden konnte, anderntheils es dem vulgären Sprachgebrauch des Ausdrucks pro herede possessor entsprach.

Wir haben hier nun aber genauer auf die Bedenken einzugehen, welche sehr nahe liegen, wenn man die beiden Sätze neben einander stellt, das int. gehe nicht mehr gegen den heres, wohl aber gegen den pro herede possessor. Es scheinen sich nämlich dieselben durchaus nicht mit einander zu vertragen. Wir haben oben das, wie mir scheint, unläugbare Resultat gewonnen, daß seitdem der Agnition keine Wahrscheinlichkeitsbeweise mehr vorherzugehen brauchten, dem mit dem Interdict Klagenden vom heres die Behauptung, er sei heres, mußte entgegengesetzt werden können. Wie nun? Diese Behauptung, er sei heres, bringt ja auch Jeder vor, qui putat se heredem esse? Noch mehr. Jeder pro possessore possessor kann ja auch nur sagen, er sei heres? Da wir nun ebensowenig läugnen können, daß bei der her. petitio

wenn der Bekl. Erbrecht behauptet, nicht dieſer, ſondern der Kläger ſein Recht zu beweiſen hat 4), ſo ſcheint dieſe Beweisregel auch hier angenommen werden zu müſſen, und alſo zu folgen, daß ſtets durch dieſe Gegenbehauptung des Beklagten der Proceß ſich in eine her. pet. verwandeln mußte, indem der Kläger zu beweiſen hätte, hereditatem ad se magis pertinere, quam ad eum qui possidet. Das heißt denn aber ſoviel als: es gab gar kein Interdict mehr, es war vollkommen in die her. pet. aufgegangen. Und dem widerſprechen doch alle Quellenausſprüche der ſpäteren Kaiſerzeit, ſowohl die bisher ſchon mitgetheilten, als die noch ferner anzuführenden.

Wir werden aber wohl Wege finden können, um dieſer uns ganz in Hülfloſigkeit laſſenden Schlußfolgerung zu entgehen. Zuerſt den pro possessore possessor können wir gleich wieder ausſcheiden. Man verſteht darunter ja nur den, von welchem es ſich nachweiſen läßt, daß er mit vollem Bewußtſein eine fremde Erbſchaft in Beſitz genommen hat. Dieſer Beweis iſt aber gar nicht damit geliefert, daß Kläger ſein eigenes Erbrecht nachweiſt, er muß ganz ſelbſtändig ſich auf Umſtände ſtützen, welche zeigen, daß der Bekl. in mala fide Beſitz ergriff. Ehe dies erwieſen iſt, gilt er als pro her. possessor, da er natürlich ſeine mala fides nicht ſelbſt gleich eingeſtehen wird; iſt aber die mala fides dargethan, und ſei es auch durch Geſtändniß des Bekl., ſo ſiegt damit ja eben der Kläger ſchon gegen ihn, ohne daß er noch außerdem ſein Erbrecht zu beweiſen brauchte. Ein Int. quor. bon. gegen den pro possessore possessor iſt alſo vollkommen denkbar, ohne daß die anfängliche Behauptung des Letzteren, er ſei heres, den Proceß in einen petitoriſchen verwandeln müßte.

Anders aber iſt es bei dem Gegner, bei welchem ſich die

---

4) Paulus libr. I. recept. sent. aus der Consultatio vet. ICt. VI. (Bonner Ausgabe p. 400): Qui petit hereditatem, ipse probare debet, ad se magis, quam ad eum, qui possidet, sive ex testamento sive ab intestato pertinere. Dieſe Beweisregel konnte bei der früheren Geſtalt des Interdicts gar nicht eintreten, weil der Gegner ſich dabei gar nicht auf Erbrecht berufen durfte; ſeitdem dies aber zuläſſig wurde (d. h. ſeit das Interdict nicht mehr gegen den heres ging), ſcheint ſie ganz von ſelbſt Platz greifen zu müſſen.

dem Einen den vorläufigen interimistischen Besitz der corpora hereditaria zusprechen zu können.

Hiernach können wir sagen, daß der Interdictsproceß der späteren Kaiserzeit in Bezug auf die äußere Erscheinung der Gestalt des Int. quor. bon. unter den klassischen Juristen geradezu entgegensteht. Jetzt geht die Untersuchung des Richters auf Wahrscheinlichkeit, welche nach Bescheinigungen [6b]) beurtheilt wird, während das früher gerade nicht der Fall war. Aber dennoch müssen wir ebendeßhalb auch sagen, daß das Interdict seinem inneren Wesen, und dem practischen Zweck, wozu es von jeher diente, durchaus treu geblieben ist, daß es, um sich eben innerlich gleich zu bleiben, seine äußere Gestalt zugleich mit der Umgestaltung der ganzen b. p. verändern mußte.

Hiemit ist denn auch die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage gewonnen. Der mit dem Interdict *Klagende* muß nicht bloß beweisen, daß er die Prätorische *Erbantretung* zur rechten Zeit vorgenommen habe, er muß dem pro herede possessor gegenüber wahrscheinlich machen, daß er besseres Erbrecht habe. Es kann schon in den Verhältnissen liegen, daß dies gar nicht wahrscheinlich zu machen ist, und dann vermag auch natürlich der Kläger mit dem Interdict nichts auszurichten. Wenn er z. B. zugesteht, daß er aus einer späteren Klasse gerufen sei, als die ist, welche sein Gegner in Anspruch nimmt, so kann er kein Interdict anstellen, er muß die her. pet. geltend machen, und zeigen, daß der Gegner aus besonderen Gründen gar kein Recht habe. So setzt denn auch Diocletian in der schon öfters erwähnten l. 5 C. Comm. de success. als sich von selbst verstehend voraus, daß der in späterer Klasse stehende b. possessor gegen die Agnaten nicht das Int. quor. bon., sondern die successionis vindicatio anstellt.

Ebenso ist es auch, wenn der Kläger an und für sich sein Erbrecht vorerst genügend bescheinigt, der ihm gegenüberstehende

6b) Man möge übrigens diese Bescheinigungen (welche nichts Anderes bedeuten, als Nachweisung der Wahrscheinlichkeit) nicht mit den semiplenae probationes verwechseln, von denen in unserer Literatur so viel die Rede gewesen ist. Im fünften Buch (§. 193. Nro. 7 c.) werde ich davon sprechen.

heres aber ſogleich beweiſt oder auch nur ebenſo kräftig, wie der Kläger gethan hatte, beſcheinigte, er habe beſſeres Erbrecht. Damit iſt natürlich die aus der Beſcheinigung des Klägers anfänglich hervorgegangene Wahrſcheinlichkeit vernichtet, und es bleibt dieſem nur die her. pet. übrig. Vermag aber der Gegner die Beſcheinigung des Klägers nicht zu elidiren, ſo erhält Letzterer den Beſitz, und Erſterer muß die her. pet. anſtellen.

Das Reſultat iſt hiernach folgendes: Indem man das Interdict neben der her. pet. beſtehen läßt, erkennt man an, daß es zwei Arten von Erbſchaftsproceſſen giebt, der eine auf Wahrheit, der andere auf Wahrſcheinlichkeit ausgehend, jener petitoriſch, dieſer nothwendig nur poſſeſſoriſch. Wer mit der her. pet. auftritt, verliert natürlich gegen den wahren heres, ſiegt nur gegen den wahren pro herede possessor, und die Beweislaſt liegt hier dem Kläger ob, dem der Bekl. directen Gegenbeweis gegenüber ſtellen kann.

Wenn dagegen Jemand mit dem Int. auftritt, ſo hat das nur Bedeutung, wenn über das wahre Erbrecht Anderer noch nichts feſtſteht. Es liegt ihm außer dem Nachweiſe der Agnition nur der Beweis der Wahrſcheinlichkeit ſeines Erbrechts (successio ex jure civili oder praetorio) ob. Alsdann gilt er einſtweilen als präſumtiver heres, aber der Beklagte kann natürlich auch hier directen Gegenbeweis liefern, d. h. nicht bloß durch den Beweis der Wahrheit, ſondern auch nur der Wahrſcheinlichkeit ſeines eigenen Erbrechts die vom Kläger begründete Präſumtion zu nichte machen. Geſchieht dies, ſo gilt nun umgekehrt der beſitzende Bekl. als der präſumtive Erbe; und die auf der einen oder anderen Seite begründete Präſumtion kann immer nur durch her. pet. des Gegners, alſo durch Nachweiſung der Wahrheit umgeworfen werden.

Hereditatis petitio und **Interdictum quor. bon.** gehen jetzt alſo ganz gleichartig geſtaltet nebeneinander her, und ſind wenn auch beide vom Erbrecht handelnd, dennoch genau von einander getrennte Proceſſe. Die her. pet. ſtellt der heres an, nicht gegen den heres, ſondern den pro herede possessor. Ebenſo heißt es vom Interdictum, es werde vom

Erben angestellt [7]), es gehe nicht gegen den heres, wohl aber gegen den qui putat se heredem esse. Aber hier beim Interdict liegt den Ausdrücken ein anderer Sinn zum Grunde. Der Kläger heißt Erbe, weil er die einstweilige Wahrscheinlichkeit für sich hat, wobei es freilich immer möglich ist, daß ihm in Wahrheit das Erbrecht nicht zusteht. Wollten wir dies nicht zugeben, so müßten wir ja läugnen, daß der besiegte Beklagte, der auch nicht einmal appelliren darf, dann hinterdrein mit der her. pet. obsiegen könne. Ebenso müssen wir denn aber auch nothwendig annehmen, daß in dem oben bewiesenen Satz, das Interdict gehe nicht gegen den heres, unter heres wiederum der (nach den im Interdictenproceß gelieferten Bescheinigungen) wahrscheinliche Erbe zu verstehen sei. Daher kann der besiegte Kläger noch immer die her. pet. anstellen [8]).

Der Gegensatz der späteren Kaiserzeit gegen die frühere Gestalt des Interdicts ist hiernach einleuchtend. Früher ist es das Rechtsmittel des vom Prätor constituirten Repräsentanten (mag es eine b. p. sine oder cum re sein) gegen alle Besitzer, und darunter gehört auch bei der b. p. sine re der besser Berechtigte, dessen Civilerbrecht vollkommen klar und erwiesen ist, welcher aber b. p. nicht agnoscirt hatte.

Jetzt ist es das Rechtsmittel des wahrscheinlichen Erben, (mag er civiles oder bloß Prätorisches Erbrecht haben), der, sobald er nur b. p. agnoscirt hat, gegen alle nach dem Ergebniß der vorläufigen Untersuchung schlechter Berechtigten den Sieg davon trägt. Es ist klar, daß, seitdem die b. p. inter

---

7) Diese Auffassung ersieht man sehr deutlich aus l. 2 u. 3 C. quor. bon. In der ersteren heißt es: si quaesisti successionem d. h. wenn Du das definitive Erbrecht erlangt hast. In der anderen mit gleichem Sinn: quum lex ipsa naturae successores eos faciat. — Und ebenso der Anfang dieser Stelle im Theodos. Codex (l. un. Th. C. quor. bon.) — Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae etc. In beiden Stellen werden Kläger vorausgesetzt, deren Gegner nicht eine frühere Erbklasse in Anspruch nehmen, weßhalb eben die Wahrscheinlichkeit für den Kläger ist.

8) fr. 14 §. 3 de re jud. — Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur. s. auch Note 6a.

alienas vices agnoscirt werden konnte, Beide, Kläger und Beklagter, als bonorum possessores denkbar ſind, zwiſchen denen die ſehr einfache Unterſuchung entſchied, wer in einer früheren Klaſſe die b. p. agnoscirt hatte. —

Wir können das Geſagte auch folgendermaßen ausdrücken: wer ſein Erbrecht (ſei es eine successio ex jure civili oder praetorio) glaublich beſcheinigen kann, und nur die Prätoriſche Erbantretungsfriſt beobachtet, der bekommt einſtweilen den Beſitz, wälzt damit die Beweislaſt des eigentlichen Vorhandenſeins ſeines Erbrechtes von ſich ab, und zwingt den Gegner, der auch Erbe zu ſein behauptet, die her. pet. anzuſtellen, alſo darzuthun hereditatem magis ad se, quam ad eum qui possidet, pertinere [9]).

4) Die im Anfange unſeres §. angeführte Stelle deutet zuletzt noch an, daß das Interdict ein reſtitutoriſches iſt (fr. 1 §. 1 quor. bon.), und offenbar meint der Kaiſer damit, daß es das restituere der possessio betrifft. In dieſem Punkte alſo hat es ſich nicht verändert, wie auch ſchon aus der eben unter Nr. 3. gegebenen Darſtellung ſich mit Nothwendigkeit ergiebt. Es wird lediglich de possessione entſchieden, und ein praejudicium für die her. pet. kann darin nie liegen.

Stellen wir alſo nochmals die gewonnenen Reſultate zuſammen, ſo können wir allerdings ſagen, daß unſer Rechtsmittel eine höchſt weſentliche Umgeſtaltung erhalten hat, indem die Wahrſcheinlichkeitsbeweiſe mit in den Interdictenproceß gezogen ſind (Nr. 1) [10]) und es überhaupt

9) Ein beſonderer Beweis für die Richtigkeit der hier gegebenen Argumentation liegt noch darin, daß, wie im vorigen Kapitel ausgeführt iſt, die missio ex edicto Hadriani daſſelbe practiſche Reſultat gewährte, als das Int. quor. bon., weßhalb denn bei der teſtamentariſchen Succeſſion Letzteres ſchon ganz abgeſchafft worden war. Daß nun aber von der missio daſſelbe geſagt werden muß, was wir im Text dem Interdict zugeſchrieben haben, wird Niemand läugnen, und ſo kann es denn auch für das Interdict nicht in Zweifel gezogen werden.

10) Dieſen Satz ſpricht auch ſchon Mayer Erbrecht I. S. 414 ganz richtig aus, ohne daß ich aber den Weg billigen könnte, auf dem

[illegible] Verfahren vor dem [illegible] Civilprocesses [illegible] Nr. 2 [illegible] Nr. 4 [illegible]

§. 15. [illegible]

[illegible]

nn: Der Streitpunkte sind hauptsächlich drei [1]: Ist das nterdict summarischer Natur?, fordert es nur Bescheinigun- n?, und ist es ein Rechtsmittel von provisorischer Wirkung r die **her. petitio**? Nach der einen Ansicht, deren Hauptre- äsentant Savigny ist [2]), sind alle diese drei Fragen zu ver- inen, nach der anderen, die in neuerer Zeit zuerst wieder n Thibaut vertheidigt ist, sind sie zu bejahen. Wir wollen : erste Frage, die von untergeordneterer Wichtigkeit ist, dem genden §. aufbewahren, und uns zuerst auf die letzteren bei- n einlassen.

Hier scheint mir nun, daß man in doppelter Hinsicht nicht n richtigen Standpunkt eingenommen hat, von dem aus sich e Einigung in der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen ffen läßt. Eine genauere Untersuchung des Rechtes der **h.** in der späteren Kaiserzeit ist bisher nicht unternommen wor- n. Wenn nun aber die Beweisführungen der ersten drei pitel dieses Buches richtig sind, wenn es wahr ist, daß nach klassischen Juristenzeit ein ganz anderer Begriff der **h. p.** die Stelle des früheren getreten ist, so leuchtet es ein, daß ch für dies eine Rechtsmittel der **h. p.**, das durch den Be- iff des ganzen Instituts nothwendig bedingt sein muß, von rn herein die beiden Hauptperioden genau getrennt werden ssen, und eine wesentlich verschiedene Beantwortung für die ne und die andere statt finden kann. Dazu kommt noch ein eiter Umstand. Das **Int. quor. bon.** ist von der anderen eite ein Theil der weitgreifenden Interdictenlehre. Durch ese ziehen sich gemeinsame Grundprincipien hindurch, die, so nge der **ordo judiciorum** bestand, der ganzen Lehre ihre ei- nthümliche Gestalt gegeben haben. Der einzelne Theil aber nur erklärbar, wenn man auch die übrigen Theile desselben

---

1) Savigny Zeitschrift f. gesch. RW. Bd. VI. S. 239.

2) Ich unterlasse es, hier noch eine eigene Polemik gegen Savignys Ansicht zu liefern, daß das Interdict in späterer Zeit nur wegen processualischer Unterschiede sich von der her. pet. trennen lasse, und dann von Justinian nur aus Mißverstand, oder weil man alte Namen nicht gern untergehen lassen wollte, beibehalten sei. Es kommt darauf an, ob die von mir im Bisherigen vorgebrachten Gründe Gewicht haben, und darüber steht das Urtheil nicht mir zu.

zu einem rein vorläufigen Verfahren vor dem stets noch denkbaren petitorischen Erbschaftsproceß geworden ist (Nr. 3); wogegen die früheren Sätze, daß es nur die corpora hereditaria betreffe, (Nr. 2) und lediglich de possessione entschieden werde, (Nr. 4) unverändert bestehen blieben.

§. 145. Nachdem ich hiemit die neuere Gestalt des Interdictum quor. bon. aus den Quellen und den Folgerungen, welche unsere früheren Untersuchungen mit sich bringen, nachgewiesen zu haben glaube, muß ich auf die in neuerer Zeit in dieser Lehre herrschenden Streitigkeiten, und auf die Gründe, mit denen bisher der Streit geführt worden ist, einen prüfenden Blick werfen. Die beiden Ansichten, welche sich heutzutage einander gegenüberstehen, sind schon im ersten Bande S. 306 im Allgemeinen charakterisirt worden, und aus der bisherigen Darstellung, deren selbständigen Gang ich nicht durch die Rücksicht auf entgegenstehende Ansichten unterbrechen wollte, ist leicht zu ersehen, daß ich weder auf die eine noch auf die andere Seite der streitenden Parteien mich unbedingt stellen

er zu demselben gelangt. Seitdem die b. p. ein jus successionis (und zwar schon unter Labeos Zeit) geworden sei (?), bestände auch die her. pet. poss. (?), und es sei gegen die Römische Oeconomie, daneben noch ein anderes Rechtsmittel für denselben Zweck zu besitzen. Die Quellen deuteten uns vielmehr auf die possessorische Natur des Interdicts hin, und namentlich gehe dies aus der Summarietät desselben hervor (?). Früher hätte der Prätor selbst die Zulässigkeit vor der datio b. possessionis beurtheilt, denn die Quellen bezeugten es, daß die b. p. häufig in Folge einer causae cognitio gegeben werde, was von der decretalis wohl zu scheiden sei. fr. 1 §. 2 quis ordo. (Dies ist der einzige Satz, den ich für richtig halten kann). Wenn dagegen das Recht zur b. p. von Seiten eines Dritten in Zweifel gezogen worden, so habe der Magistrat gar keine definitiv (?) wirksame b. p. ertheilt, oder die ertheilte b. p. nicht wirksam sein lassen bis in einem besonderen Streite (?) das Recht zur b. p. festgestellt worden sei. Später aber sei durch Constantin (l. 9 C. qui admitti) die alte datio, und damit also auch erst die ihr vorhergehende causae cognitio aufgehoben (?), und da hiedurch die Bescheinigungen vor der Agnition hinweggefallen seien, so wären sie also durch dies Constantinische Gesetz nothwendig in den nachfolgenden Interdictsproceß versetzt worden. — Meine Gründe gegen diese ganze Argumentation brauche ich hier nicht zu wiederholen.

kann. Der Streitpunkte sind hauptsächlich drei [1]): Ist das Interdict summarischer Natur?, fordert es nur Bescheinigungen?, und ist es ein Rechtsmittel von provisorischer Wirkung für die her. petitio? Nach der einen Ansicht, deren Hauptrepräsentant Savigny ist [2]), sind alle diese drei Fragen zu verneinen, nach der anderen, die in neuerer Zeit zuerst wieder von Thibaut vertheidigt ist, sind sie zu bejahen. Wir wollen die erste Frage, die von untergeordneterer Wichtigkeit ist, dem folgenden §. aufbewahren, und uns zuerst auf die letzteren beiden einlassen.

Hier scheint mir nun, daß man in doppelter Hinsicht nicht den richtigen Standpunkt eingenommen hat, von dem aus sich eine Einigung in der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen hoffen läßt. Eine genauere Untersuchung des Rechtes der b. p. in der späteren Kaiserzeit ist bisher nicht unternommen worden. Wenn nun aber die Beweisführungen der ersten drei Kapitel dieses Buches richtig sind, wenn es wahr ist, daß nach der klassischen Juristenzeit ein ganz anderer Begriff der b. p. an die Stelle des früheren getreten ist, so leuchtet es ein, daß auch für dies eine Rechtsmittel der b. p., das durch den Begriff des ganzen Instituts nothwendig bedingt sein muß, von vorn herein die beiden Hauptperioden genau getrennt werden müssen, und eine wesentlich verschiedene Beantwortung für die eine und die andere statt finden kann. Dazu kommt noch ein zweiter Umstand. Das Int. quor. bon. ist von der anderen Seite ein Theil der weitgreifenden Interdictenlehre. Durch diese ziehen sich gemeinsame Grundprincipien hindurch, die, so lange der ordo judiciorum bestand, der ganzen Lehre ihre eigenthümliche Gestalt gegeben haben. Der einzelne Theil aber ist nur erklärbar, wenn man auch die übrigen Theile desselben

---

1) Savigny Zeitschrift f. gesch. RW. Bd. VI. S. 239.

2) Ich unterlasse es, hier noch eine eigene Polemik gegen Savignys Ansicht zu liefern, daß das Interdict in späterer Zeit nur wegen processualischer Unterschiede sich von der her. pet. trennen lasse, und dann von Justinian nur aus Mißverstand, oder weil man alte Namen nicht gern untergehen lassen wollte, beibehalten sei. Es kommt darauf an, ob die von mir im Bisherigen vorgebrachten Gründe Gewicht haben, und darüber steht das Urtheil nicht mir zu.

Ganzen wohl ins Auge faßt. Für die Zeit der klassischen Juristen muß also, um dem Int. quor. bon. seine rechte Stellung anzuweisen, nothwendig die ganze Interdictenlehre untersucht werden [3]). Ganz anders aber ist es für die spätere Kaiserzeit. Es läßt sich allerdings noch eine gewisse innere Gemeinsamkeit der Interdicte festhalten, und diese ist auch sogar noch für das heutige Recht nicht unwichtig, aber das sind Ueberreste aus der früheren Zeit. Neue Umgestaltungen, welche lediglich die Interdictenlehre, diese jedoch in allen ihren Theilen betroffen hätten, finden sich in der Kaiserzeit nicht, und so kann hier also auch ein Schluß von dem einen Interdict auf das andere nicht statt finden .Deßhalb scheinen mir Beweisführungen unstatthaft, wie sie Thibaut [3a]) vorgebracht hat, indem er aus der Summarietät einzelner Interdicte in der Kaiserzeit den Schluß zieht, es müsse auch das Int. quor. bon. ein summarisches, und also provisorisches, nur Bescheinigungen erforderndes sein. Wenn sich ein einzelnes Interdict in der *späteren Zeit innerlich* umgestaltet haben soll, so können wir die Gründe davon *lediglich* in der besonderen Lehre suchen, zu der es gehört, und so haben wir auch gerade für das Interd. quorum bon. auf diesem Wege ein Resultat erlangt, das ich nach den früher dafür vorgebrachten Gründen freilich nicht für bewiesen halten kann.

Während nämlich in der klassischen Zeit im Interdictenproceß keine Bescheinigungen vorkommen, und es auch kein vorläufiges Verfahren vor der her. pet. genannt werden kann, obgleich nur de possessione entschieden wird [4]), so darf man

3) Man hat mir Weitschweifigkeit vorgeworfen, die Niemand billigen würde, daß ich, um die Grundlagen des Int. quor. bon. zu erörtern, fast das ganze Prätorische Interdictensystem in meinem ersten Bande behandelt hätte (Gersdorf Repertor. 1845. Heft 16), — aber ich muß dagegen fragen, wie ich denn sonst zu den Resultaten hätte gelangen sollen, die ich doch nun einmal zur Beurtheilung des Interdicts für wichtig hielt? Es handelt sich ja hier nicht vom Compendienschreiben, sondern von wo möglich erschöpfender monographischer Untersuchung. Und manche in Monographien darzustellende Lehren lassen ihrer inneren Gestalt nach eine größere Abgeschlossenheit in sich selbst zu, als dies nun einmal bei der h. p. möglich ist.

3a) Archiv f. civ. Pr. Bd. X. S. 465.

4) Wenn man es ein vorläufiges Verfahren nennen wollte, so müßte

es allerdings jetzt ein rein provisorisches Verfahren nennen, das auf Grundlage von Bescheinigungen geführt wurde. Aber man kann dies nicht aus der Summarietät des Interdicts ableiten. Es ist zufällig, daß sich allerdings einige das Verfahren bei Interdicten und anderen Klagen abkürzende Bestimmungen vorfinden; die wichtigste Anordnung, daß gegen das Urtheil nicht appellirt werden darf, ist eine ganz singuläre Bestimmung für unser Interdict, und nicht aus der bisherigen Summarietät, sondern aus der inneren schon immer vorhandenen Construction dieses Rechtsmittels abgeleitet, welche von jeher eine rasche Besitzeserlangung bezweckte (quod beneficio celeritatis inventum est). Daß das Interdict nur Bescheinigungen fordert und nur als ein provisorisches Verfahren erscheint, ist nicht die Folge seiner äußeren processualischen Gestalt, sondern umgekehrt, weil das Interdict durch die Umgestaltung der b. p. jenen Charakter erhielt, so hat das auch noch einzelne andere Bestimmungen rücksichtlich eines raschen Proceßverfahrens hervorgerufen. Also die Summarietät [5]) ist erst die Folge und nicht die Ursache der Rechtsänderung, und es ist eine durchaus nicht nothwendige Folge, die auch gar nicht in der ganzen Zeit, wo das Interdict die neue Gestalt angenommen hatte, bestand. Wir können deßhalb auch nicht mit Savigny sagen, daß, wenn das Interdict sich nicht als ein summarisches Rechtsmittel herausstelle, dann um so ge-

---

doch der, welcher es anstellen kann, entweder gleich oder hinterdrein, im Fall er mit jenem zurückgewiesen wird, auch das Hauptverfahren einleiten dürfen, was aber in den wenigsten Fällen eintreten konnte, da der b. possessor, wenn er nicht Civilerbe war, keine her. pet. hatte. Und umgekehrt müßte doch stets von Seiten des besiegten Bekl. das Hauptverfahren angestellt werden können, was aber im Fall der b. p. cum re wieder nicht denkbar war. In den Fällen der b. p. sine re und wenn der b. p. zugleich heres war, konnte allerdings eine her. pet. nachfolgen, der dann das Interdict, als de possessione handelnd, durchaus nicht präjudicirte.

5) Falls wir summarisch nicht jedes Verfahren nennen wollen, was auf Bescheinigungen ruht, und nur provisorisch die Wahrscheinlichkeit feststellt. Eine willkührliche Terminologie, die leicht Verwirrungen hervorbringen kann, und mit Recht schon von Savigny Zeitschrift VI. S. 640 Note 1 getadelt ist.

türlich, daß, mag er ihn erhalten haben wie er wolle, es einst weilen so bleibe, bis der Gegner sein Recht erweist. Bei der Erbschaft, deren eigenmächtige Besitzergreifung füglich nicht verboten werden kann, ist es aber doch gut, daß Rechtsregeln bestehen, wodurch dies unter die richterliche Aufsicht gestellt werde. Nicht bloß, damit, was am seltensten vorkommen wird, die Gegner, welche beide Besitz ergreifen wollen, von wirklichen Thätlichkeiten zurückgehalten werden, sondern damit überhaupt der Besitzende einer gewissen Oberaufsicht unterworfen, und zu einer pflichtmäßigen Verwaltung des Vermögens bis zum Endurtheil verbindlich gemacht werde. Allerdings könnte der Richter diese Verpflichtung ex officio gleich dem auflegen, welchem es gerade gelungen ist, factisch zuerst Besitz zu ergreifen, aber es ist doch zu natürlich, daß das nicht geschehen soll, weil darin eben wieder ein Sporn für die streitenden Personen liegen würde, einander in der Besitzergreifung, und sei es auch mit Gewaltsamkeit, zuvorzukommen. *Man kommt also ganz* von selbst zu dem Resultat, daß der bis zum *definitiven* Endurtheil als Besitzer constituirt wird, welcher einstweilen die meiste Wahrscheinlichkeit des Sieges für sich hat, daß er also, wenn der Gegner factisch besitzt, ein Rechtsmittel auf rasche Besitzeserlangung haben muß. Siegt er dann, so ist es freilich ein ihm sehr zu gönnender Vortheil gewesen, daß er auch schon vorher zum Besitz gelangte; wird er besiegt, so ist es im wahren Interesse des Siegers gewesen, daß der Besitzer nicht privatim, sondern unter richterlicher Autorität zum Besitze gelangt war, und so durch Cautionen zu einer sorgsamen Verwaltung der Erbschaft verpflichtet werden konnte [7]).

Hieneben kommen nun aber noch ganz andere Rücksichten in Betracht, die wo möglich noch bedeutender sind. Bei einem Erbschaftsproceß sind stets Gläubiger, vielfach auch Vermächtnißnehmer interessirt. Justinian entscheidet in l. 12. C. de her. pet., nach welchen Regeln dieselben schon während des

7) Es wird gewiß Jeder sehr passend finden, daß es ein Rechtsinstitut giebt, wonach z. B. im Städelschen Erbfall die Administratoren im Possessorium siegten, mit der Beschränkung: ut lite pendente nihil innovetur. S. Mühlenbruch Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles. S. 46.

Streites befriedigt werden können, worüber, wie er bemerkt, bisher mancherlei Zweifel geherrscht hätten. Er spricht von jedem possessor hereditatis, aber es ist doch einleuchtend, daß in Bezug auf Befriedigung dieser Ansprüche derjenige der passendste possessor ist, von dem jetzt schon die Wahrscheinlichkeit vorliegt, er werde im Processe siegen. Natürlich aber muß er die corpora hereditaria hiezu unter Händen haben, er muß sie also von seinem Gegner, oder wenn sie noch unter andere Besitzer zerstreut sind, auch von diesen schon jetzt herausfordern können. —

Dürfen wir also hiernach sagen, daß man ein Fortbestehen des Int. quor. bon. schon nach Gründen, die heutzutage ebenso vorliegen, in der späteren Kaiserzeit nicht bezweifeln konnte, so treten dazu noch andere, nur für das Römische Rechtsleben geltende, historische Umstände. Die ganze b. p. war vorherrschend aus dem Interesse der Creditoren und der übrigen Interessirten hervorgegangen, und wenn auch der Prätor mit seinem Institute noch andere Zwecke erreichte, so behielt er doch jenen Punkt stets im Auge, und ließ sogar, um ihn ganz genügend zu reguliren, wieder aus der b. p. das spatium deliberandi hervorgehen. Daher kommt, daß er die Leitung des Instituts auch für jeden einzelnen Erbfall stets in seiner Hand behielt, und nicht die Beurtheilung, wer der wahrscheinliche Erbberechtigte sei, den judices in den einzelnen hinterdrein folgenden Processen überließ. So hat also die b. p. unter der Hand des Prätors, stets, wie ich vorher schon bemerkte, vorherrschend ihr possessorisches Element beibehalten. Als nun die Thätigkeit des Prätors wegfällt, als daher die b. p. einen rein petitorischen Charakter bekommt, d. h. ein Complex von Rechtsregeln wird, nach denen sich in Verein mit denen des Civilrechts die definitive Erbberechtigung der Einzelnen entscheidet, — sollte jetzt das Römische Rechtsleben, das sich Jahrhunderte lang an jenes possessorische Element gewöhnt hatte, auf einmal dieses Bedürfnisses sich haben entschlagen können? Wir sehen ja das Gegentheil schon dadurch bewiesen, daß sich neben dem Int. quor. bon. in einem beschränkten Kreise sogar noch ein neues ähnliches Rechtsmittel, die missio ex edicto Hadriani, festsetzen konnte, welches nun,

Erben angestellt [7]), es gehe nicht gegen den heres, wohl aber gegen den qui putat se heredem esse. Aber hier beim Interdict liegt den Ausdrücken ein anderer Sinn zum Grunde. Der Kläger heißt Erbe, weil er die einstweilige Wahrscheinlichkeit für sich hat, wobei es freilich immer möglich ist, daß ihm in Wahrheit das Erbrecht nicht zusteht. Wollten wir dies nicht zugeben, so müßten wir ja läugnen, daß der besiegte Beklagte, der auch nicht einmal appelliren darf, dann hinterdrein mit der her. pet. obsiegen könne. Ebenso müssen wir denn aber auch nothwendig annehmen, daß in dem oben bewiesenen Satz, das Interdict gehe nicht gegen den heres, unter heres wiederum der (nach den im Interdictenproceß gelieferten Bescheinigungen) wahrscheinliche Erbe zu verstehen sei. Daher kann der besiegte Kläger noch immer die her. pet. anstellen [8]).

Der Gegensatz der späteren Kaiserzeit gegen die frühere Gestalt des Interdicts ist hiernach einleuchtend. Früher ist es das Rechtsmittel des vom Prätor constituirten Repräsentanten (mag es eine b. p. sine oder cum re sein) gegen alle Besitzer, und darunter gehört auch bei der b. p. sine re der besser Berechtigte, dessen Civilerbrecht vollkommen klar und erwiesen ist, welcher aber b. p. nicht agnoscirt hatte.

Jetzt ist es das Rechtsmittel des wahrscheinlichen Erben, (mag er civiles oder bloß Prätorisches Erbrecht haben), der, sobald er nur b. p. agnoscirt hat, gegen alle nach dem Ergebniß der vorläufigen Untersuchung schlechter Berechtigten den Sieg davon trägt. Es ist klar, daß, seitdem die b. p. inter

---

7) Diese Auffassung ersieht man sehr deutlich aus l. 2 u. 3 C. quor. bon. In der ersteren heißt es: si quaesisti successionem d. h. wenn Du das definitive Erbrecht erlangt hast. In der anderen mit gleichem Sinn: quum lex ipsa naturae successores eos faciat. — Und ebenso der Anfang dieser Stelle im Theodos. Codex (l. un. Th. C. quor. bon.) — Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae etc. In beiden Stellen werden Kläger vorausgesetzt, deren Gegner nicht eine frühere Erbklasse in Anspruch nehmen, weßhalb eben die Wahrscheinlichkeit für den Kläger ist.

8) fr. 14 §. 3 de re jud. — Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur. s. auch Note 6a.

alienas vices agnoscirt werden konnte, Beide, Kläger und Beklagter, als bonorum possessores denkbar ſind, zwiſchen denen die ſehr einfache Unterſuchung entſchied, wer in einer früheren Klaſſe die b. p. agnoscirt hatte. —

Wir können das Geſagte auch folgendermaßen ausdrücken: wer ſein Erbrecht (ſei es eine successio ex jure civili oder praetorio) glaublich beſcheinigen kann, und nur die Prätoriſche Erbantretungsfriſt beobachtet, der bekommt einſtweilen den Beſitz, wälzt damit die Beweislaſt des eigentlichen Vorhandenſeins ſeines Erbrechtes von ſich ab, und zwingt den Gegner, der auch Erbe zu ſein behauptet, die her. pet. anzuſtellen, alſo darzuthun hereditatem magis ad se, quam ad eum qui possidet, pertinere [9]).

4) Die im Anfange unſeres §. angeführte Stelle deutet zuletzt noch an, daß das Interdict ein reſtitutoriſches iſt (fr. 1 §. 1 quor. bon.), und offenbar meint der Kaiſer damit, daß es das restituere der possessio betrifft. In dieſem Punkte alſo hat es ſich nicht verändert, wie auch ſchon aus der eben unter Nr. 3. gegebenen Darſtellung ſich mit Nothwendigkeit ergiebt. Es wird lediglich de possessione entſchieden, und ein praejudicium für die her. pet. kann darin nie liegen.

Stellen wir alſo nochmals die gewonnenen Reſultate zuſammen, ſo können wir allerdings ſagen, daß unſer Rechtsmittel eine höchſt weſentliche Umgeſtaltung erhalten hat, indem die Wahrſcheinlichkeitsbeweiſe mit in den Interdictenproceß gezogen ſind (Nr. 1) [10]) und es überhaupt

9) Ein beſonderer Beweis für die Richtigkeit der hier gegebenen Argumentation liegt noch darin, daß, wie im vorigen Kapitel ausgeführt iſt, die missio ex edicto Hadriani daſſelbe practiſche Reſultat gewährte, als das Int. quor. bon., weßhalb denn bei der teſtamentariſchen Succeſſion Letzteres ſchon ganz abgeſchafft worden war. Daß nun aber von der missio daſſelbe geſagt werden muß, was wir im Text dem Interdict zugeſchrieben haben, wird Niemand läugnen, und ſo kann es denn auch für das Interdict nicht in Zweifel gezogen werden.

10) Dieſen Satz ſpricht auch ſchon Mayer Erbrecht I. S. 414 ganz richtig aus, ohne daß ich aber den Weg billigen könnte, auf dem

zu einem rein vorläufigen Verfahren vor dem stets noch denkbaren petitorischen Erbschaftsproceß geworden ist (Nr. 3); wogegen die früheren Sätze, daß es nur die corpora hereditaria betreffe, (Nr. 2) und lediglich de possessione entschieden werde, (Nr. 4) unverändert bestehen blieben.

§. 145. Nachdem ich hiemit die neuere Gestalt des Interdictum quor. bon. aus den Quellen und den Folgerungen, welche unsere früheren Untersuchungen mit sich bringen, nachgewiesen zu haben glaube, muß ich auf die in neuerer Zeit in dieser Lehre herrschenden Streitigkeiten, und auf die Gründe, mit denen bisher der Streit geführt worden ist, einen prüfenden Blick werfen. Die beiden Ansichten, welche sich heutzutage einander gegenüberstehen, sind schon im ersten Bande S. 306 im Allgemeinen charakterisirt worden, und aus der bisherigen Darstellung, deren selbständigen Gang ich nicht durch die Rücksicht auf entgegenstehende Ansichten unterbrechen wollte, ist leicht zu ersehen, daß ich weder auf die eine noch auf die andere Seite der streitenden Parteien mich unbedingt stellen

er zu demselben gelangt. Seitdem die b. p. ein jus successionis (und zwar schon unter Labeos Zeit) geworden sei (?), bestände auch die her. pet. poss. (?), und es sei gegen die Römische Oeconomie, daneben noch ein anderes Rechtsmittel für denselben Zweck zu besitzen. Die Quellen deuteten uns vielmehr auf die possessorische Natur des Interdicts hin, und namentlich gehe dies aus der Summarietät desselben hervor (?). Früher hätte der Prätor selbst die Zulässigkeit vor der datio b. possessionis beurtheilt, denn die Quellen bezeugten es, daß die b. p. häufig in Folge einer causae cognitio gegeben werde, was von der decretalis wohl zu scheiden sei. fr. 1 §. 2 quis ordo. (Dies ist der einzige Satz, den ich für richtig halten kann). Wenn dagegen das Recht zur b. p. von Seiten eines Dritten in Zweifel gezogen werden, so habe der Magistrat gar keine definitiv (?) wirksame b. p. ertheilt, oder die ertheilte b. p. nicht wirksam sein lassen bis in einem besonderen Streite (?) das Recht zur b. p. festgestellt worden sei. Später aber sei durch Constantin (l. 9 C. qui admitti) die alte datio, und damit also auch erst die ihr vorhergehende causae cognitio aufgehoben (?), und da hiedurch die Bescheinigungen vor der Agnition hinweggefallen seien, so wären sie also durch dies Constantinische Gesetz nothwendig in den nachfolgenden Interdictsproceß versetzt worden. — Meine Gründe gegen diese ganze Argumentation brauche ich hier nicht zu wiederholen.

kann: Der Streitpunkte sind hauptsächlich drei [1]): Ist das Interdict summarischer Natur?, fordert es nur Bescheinigungen?, und ist es ein Rechtsmittel von provisorischer Wirkung für die her. petitio? Nach der einen Ansicht, deren Hauptrepräsentant Savigny ist [2]), sind alle diese drei Fragen zu verneinen, nach der anderen, die in neuerer Zeit zuerst wieder von Thibaut vertheidigt ist, sind sie zu bejahen. Wir wollen die erste Frage, die von untergeordneterer Wichtigkeit ist, dem folgenden §. aufbewahren, und uns zuerst auf die letzteren beiden einlassen.

Hier scheint mir nun, daß man in doppelter Hinsicht nicht den richtigen Standpunkt eingenommen hat, von dem aus sich eine Einigung in der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen hoffen läßt. Eine genauere Untersuchung des Rechtes der b. p. in der späteren Kaiserzeit ist bisher nicht unternommen worden. Wenn nun aber die Beweisführungen der ersten drei Kapitel dieses Buches richtig sind, wenn es wahr ist, daß nach der klassischen Juristenzeit ein ganz anderer Begriff der b. p. an die Stelle des früheren getreten ist, so leuchtet es ein, daß auch für dies eine Rechtsmittel der b. p., das durch den Begriff des ganzen Instituts nothwendig bedingt sein muß, von vorn herein die beiden Hauptperioden genau getrennt werden müssen, und eine wesentlich verschiedene Beantwortung für die eine und die andere statt finden kann. Dazu kommt noch ein zweiter Umstand. Das Int. quor. bon. ist von der anderen Seite ein Theil der weitgreifenden Interdictenlehre. Durch diese ziehen sich gemeinsame Grundprincipien hindurch, die, so lange der ordo judiciorum bestand, der ganzen Lehre ihre eigenthümliche Gestalt gegeben haben. Der einzelne Theil aber ist nur erklärbar, wenn man auch die übrigen Theile desselben

1) Savigny Zeitschrift f. gesch. RW. Bd. VI. S. 239.

2) Ich unterlasse es, hier noch eine eigene Polemik gegen Savignys Ansicht zu liefern, daß das Interdict in späterer Zeit nur wegen processualischer Unterschiede sich von der her. pet. trennen lasse, und dann von Justinian nur aus Mißverstand, oder weil man alte Namen nicht gern untergehen lassen wollte, beibehalten sei. Es kommt darauf an, ob die von mir im Bisherigen vorgebrachten Gründe Gewicht haben, und darüber steht das Urtheil nicht mir zu.

Ganzen wohl ins Auge faßt. Für die Zeit der klassischen Juristen muß also, um dem Int. quor. bon. seine rechte Stellung anzuweisen, nothwendig die ganze Interdictenlehre untersucht werden [3]). Ganz anders aber ist es für die spätere Kaiserzeit. Es läßt sich allerdings noch eine gewisse innere Gemeinsamkeit der Interdicte festhalten, und diese ist auch sogar noch für das heutige Recht nicht unwichtig, aber das sind Ueberreste aus der früheren Zeit. Neue Umgestaltungen, welche lediglich die Interdictenlehre, diese jedoch in allen ihren Theilen betroffen hätten, finden sich in der Kaiserzeit nicht, und so kann hier also auch ein Schluß von dem einen Interdict auf das andere nicht statt finden .Deßhalb scheinen mir Beweisführungen unstatthaft, wie sie Thibaut [3a]) vorgebracht hat, indem er aus der Summarietät einzelner Interdicte in der Kaiserzeit den Schluß zieht, es müsse auch das Int. quor. bon. ein summarisches, und also provisorisches, nur Bescheinigungen erforderndes sein. Wenn sich ein einzelnes Interdict in der *späteren Zeit innerlich* umgestaltet haben soll, so können wir die Gründe davon *lediglich* in der besonderen Lehre suchen, zu der es gehört, und so haben wir auch gerade für das Interd. quorum bon. auf diesem Wege ein Resultat erlangt, das ich nach den früher dafür vorgebrachten Gründen freilich nicht für bewiesen halten kann.

Während nämlich in der klassischen Zeit im Interdictenproceß keine Bescheinigungen vorkommen, und es auch kein vorläufiges Verfahren vor der her. pet. genannt werden kann, obgleich nur de possessione entschieden wird [4]), so darf man

3) Man hat mir Weitschweifigkeit vorgeworfen, die Niemand billigen würde, daß ich, um die Grundlagen des Int. quor. bon. zu erörtern, fast das ganze Prätorische Interdictensystem in meinem ersten Bande behandelt hätte (Gersdorf Repertor. 1845. Heft 16), — aber ich muß dagegen fragen, wie ich denn sonst zu den Resultaten hätte gelangen sollen, die ich doch nun einmal zur Beurtheilung des Interdicts für wichtig hielt? Es handelt sich ja hier nicht vom Compendienschreiben, sondern von wo möglich erschöpfender monographischer Untersuchung. Und manche in Monographien darzustellende Lehren lassen ihrer inneren Gestalt nach eine größere Abgeschlossenheit in sich selbst zu, als dies nun einmal bei der b. p. möglich ist.

3a) Archiv f. civ. Pr. Bd. X. S. 465.

4) Wenn man es ein vorläufiges Verfahren nennen wollte, so müßte

es allerdings jetzt ein rein provisorisches Verfahren nennen, das auf Grundlage von Bescheinigungen geführt wurde. Aber man kann dies nicht aus der Summarietät des Interdicts ableiten. Es ist zufällig, daß sich allerdings einige das Verfahren bei Interdicten und anderen Klagen abkürzende Bestimmungen vorfinden; die wichtigste Anordnung, daß gegen das Urtheil nicht appellirt werden darf, ist eine ganz singuläre Bestimmung für unser Interdict, und nicht aus der bisherigen Summarietät, sondern aus der inneren schon immer vorhandenen Construction dieses Rechtsmittels abgeleitet, welche von jeher eine rasche Besitzeserlangung bezweckte (**quod beneficio celeritatis inventum est**). Daß das Interdict nur Bescheinigungen fordert und nur als ein provisorisches Verfahren erscheint, ist nicht die Folge seiner äußeren processualischen Gestalt, sondern umgekehrt, weil das Interdict durch die Umgestaltung der b. p. jenen Charakter erhielt, so hat das auch noch einzelne andere Bestimmungen rücksichtlich eines raschen Proceßverfahrens hervorgerufen. Also die Summarietät [5]) ist erst die Folge und nicht die Ursache der Rechtsänderung, und es ist eine durchaus nicht nothwendige Folge, die auch gar nicht in der ganzen Zeit, wo das Interdict die neue Gestalt angenommen hatte, bestand. Wir können deßhalb auch nicht mit Savigny sagen, daß, wenn das Interdict sich nicht als ein summarisches Rechtsmittel herausstelle, dann um so ge-

---

doch der, welcher es anstellen kann, entweder gleich oder hinterdrein, im Fall er mit jenem zurückgewiesen wird, auch das Hauptverfahren einleiten dürfen, was aber in den wenigsten Fällen eintreten konnte, da der b. possessor, wenn er nicht Civilerbe war, keine her. pet. hatte. Und umgekehrt müßte doch stets von Seiten des besiegten Bekl. das Hauptverfahren angestellt werden können, was aber im Fall der b. p. cum re wieder nicht denkbar war. In den Fällen der b. p. sine re und wenn der b. p. zugleich heres war, konnte allerdings eine her. pet. nachfolgen, der dann das Interdict, als de possessione handelnd, durchaus nicht präjudicirte.

5) Falls wir summarisch nicht jedes Verfahren nennen wollen, was auf Bescheinigungen ruht, und nur provisorisch die Wahrscheinlichkeit feststellt. Eine willkührliche Terminologie, die leicht Verwirrungen hervorbringen kann, und mit Recht schon von Savigny Zeitschrift VI. S. 640 Note 1 getadelt ist.

wisser auch die anderen beiden Sätze, über die Bescheinigungen und die provisorische Natur, verworfen werden müßten.

Ebenso wie ich also die Beweisführung Thibauts aus der Summarietät ablehnen muß, so kann ich mich auch nicht zu der von ihm gegebenen Rechtfertigung bekennen, nach welcher das Interdict ein aus inneren Gründen zweckmäßiges Institut sein soll [6]. Er versucht eine „durch menschliche Philosophie begründete captatio benevolentiae“, indem es bei Erbschaftsangelegenheiten eine natürliche Ungeduld und Unruhe gebe, welcher eine menschliche Gesetzgebung nicht widerstehen könne. Das vererbte Gut habe nun einmal seine eigene Erfreulichkeit, und es sei also sehr wünschenswerth, daß in Folge rascher Bescheinigung der, welcher Ansprüche macht, rasch in den Besitz wenigstens der corpora hereditaria gesetzt werde. — In dieser Weise, wie Savigny mit Recht bemerkt, ließe es sich überhaupt rechtfertigen, daß jeder Rechtsstreit mit einer *vorläufigen* Entscheidung auf bloße Wahrscheinlichkeit *eröffnet werde*, denn es hat ebenso sehr seine „eigene Erfreulichkeit“, daß *man seine*

6) Thibaut führt noch einen dritten Grund an, nämlich die nachjustinianische Praxis. Die genauere Untersuchung dieses Punktes gehört in unser fünftes Buch. — Die übrigen Gründe, welche von anderen Schriftstellern für die Bescheinigungen und die provisorische Natur des Interdicts angeführt sind, beziehen sich nicht auf die spätere Kaiserzeit, und ich verweise deßhalb auf den ersten Band. — Nur muß ich noch einer Ansicht v. Löhrs erwähnen, die auch gerade mit Rücksicht auf die spätere Zeit und das heutige Recht ausgesprochen wird. Indem er im Allgemeinen die Ansicht theilt, daß das Interdict ein possessorisches nach Zweck und Beweis von der her. pet. verschiedenes Rechtsmittel sei, sagt er aber doch, (Archiv f. civ. Pr. XII. S. 109.), daß der Beklagte durch Behauptung besserer Erbrechte wohl die Wirksamkeit der petitio, nicht aber die des Interdicts zu hemmen im Stande sei, und ebenso S. 115: die Erreichung des Zwecks des Interdicts könne dadurch nicht aufgeschoben werden, daß der Bekl. behauptet, er sei in der Lage, dem b. possessor die Erbschaft zu evinciren.

Außerdem sagt er ausdrücklich, daß das Interdict im heutigen Recht noch gerade so vorkomme, wie im alten; und fordert als Beweis der Klage nichts als die Nachweisung der gültig erworbenen b. p.

Es leuchtet nach meiner obigen Beweisführung ein, daß ich keinen dieser Sätze für richtig halten kann.

unsicher stehenden Kapitalien, oder sein unrechtlich von Anderen besessenes Gut recht bald wieder zurückbekomme.

Es giebt aber allerdings Gründe für die Zweckmäßigkeit eines possessorischen Erbschaftsprocesses, theils allgemeingültige, die auch für unsere Zeiten passen, theils historische, welche es erklärlich machen, daß die Römer mit dem Untergange des alten Begriffs der b. p. und der fictitiae actiones keineswegs auch das Interdict für antiquirt halten konnten.

Zu den ersteren, den gemeingültigen Gründen, ist freilich das subjective Interesse des Erbprätendenten nicht zu zählen. Es wird das gar nicht immer vorliegen, der Eine wird vielleicht ungeduldig sein, während ein Anderer, der vorherweiß, was ihm in der Erbschaft zufallen wird, sehr wenig und überhaupt nicht mehr Interesse haben wird, gleich in den Besitz zu kommen, als bei jedem anderen Processe. Es ist hier also gar kein feststehendes practisches Bedürfniß, und es würde, wenn es bestände, jedenfalls kein Grund sein, das Interdict nicht auch ebenso den Vermächtnißnehmern zuzugestehen, woran doch Niemand denkt. Dagegen kommen hier ganz andere Interessen in Betracht.

Wenn zwischen zwei Parteien Streit über die Erbschaft ist, so ist es allerdings von Wichtigkeit, daß der Eine von Beiden rasch zum Besitzer gerichtlich constituirt werde, weil Erbschaftsstreite vielfach verwickelterer Art sind, die deßhalb auch längere Zeit dauern werden, und weil die Erbschaft stets ein Complex von verschiedenartigen Vermögensgegenständen ist, die, damit sie vor Schaden bewahrt werden, eines Verwalters und gleich von Anfang an einer umsichtigen Ueberwachung bedürfen. Schon diese Gründe treffen bei Eigenthums- oder obligatorischen Processen im Durchschnitt keineswegs in gleichem Maaße ein. Aber es kommt noch ein anderer Grund hinzu, wodurch sich der Erbfall von allen anderen Processen genau unterscheidet. Durch den Tod des Erblassers entsteht ein besitzloser Zustand, und nun tritt eigenmächtige Besitzergreifung von Seiten derer, die Erbansprüche machen, ein. Bei allen anderen Processen aber kommt ein derartiger besitzloser Zustand über den streitigen Gegenstand gar nicht vor. Es hat hier immer schon der Eine denselben fest in Händen, und so ist es denn auch na-

türlich, daß, mag er ihn erhalten haben wie er wolle, es einst- weilen so bleibe, bis der Gegner sein Recht erweist. Bei der Erbschaft, deren eigenmächtige Besitzergreifung füglich nicht ver- boten werden kann, ist es aber doch gut, daß Rechtsregeln be- stehen, wodurch dies unter die richterliche Aufsicht gestellt werde. Nicht bloß, damit, was am seltensten vorkommen wird, die Gegner, welche beide Besitz ergreifen wollen, von wirklichen Thätlichkeiten zurückgehalten werden, sondern damit überhaupt der Besitzende einer gewissen Oberaufsicht unterworfen, und zu einer pflichtmäßigen Verwaltung des Vermögens bis zum End- urtheil verbindlich gemacht werde. Allerdings könnte der Rich- ter diese Verpflichtung ex officio gleich dem auflegen, welchem es gerade gelungen ist, factisch zuerst Besitz zu ergreifen, aber es ist doch zu natürlich, daß das nicht geschehen soll, weil darin eben wieder ein Sporn für die streitenden Personen lie- gen würde, einander in der Besitzergreifung, und sei es auch mit Gewaltsamkeit, zuvorzukommen. Man *kommt also* ganz von selbst zu dem Resultat, daß der bis zum definitiven End- urtheil als Besitzer constituirt wird, welcher einstweilen die meiste Wahrscheinlichkeit des Sieges für sich hat, daß er also, wenn der Gegner factisch besitzt, ein Rechtsmittel auf rasche Besitzeserlangung haben muß. Siegt er dann, so ist es freilich ein ihm sehr zu gönnender Vortheil gewesen, daß er auch schon vorher zum Besitz gelangte; wird er besiegt, so ist es im wah- ren Interesse des Siegers gewesen, daß der Besitzer nicht pri- vatim, sondern unter richterlicher Autorität zum Besitze gelangt war, und so durch Cautionen zu einer sorgsamen Verwaltung der Erbschaft verpflichtet werden konnte [7]).

Hieneben kommen nun aber noch ganz andere Rücksichten in Betracht, die wo möglich noch bedeutender sind. Bei einem Erbschaftsproceß sind stets Gläubiger, vielfach auch Vermächt- nißnehmer interessirt. Justinian entscheidet in l. 12. C. de her. pet., nach welchen Regeln dieselben schon während des

7) Es wird gewiß Jeder sehr passend finden, daß es ein Rechtsinstitut giebt, wonach z. B. im Städelschen Erbfall die Administratoren im Possessorium siegten, mit der Beschränkung: ut lite pendente nihil innovetur. S. Mühlenbruch Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles. S. 46.

Streites befriedigt werden können, worüber, wie er bemerkt, bisher mancherlei Zweifel geherrscht hätten. Er spricht von jedem possessor hereditatis, aber es ist doch einleuchtend, daß in Bezug auf Befriedigung dieser Ansprüche derjenige der passendste possessor ist, von dem jetzt schon die Wahrscheinlichkeit vorliegt, er werde im Processe siegen. Natürlich aber muß er die corpora hereditaria hiezu unter Händen haben, er muß sie also von seinem Gegner, oder wenn sie noch unter andere Besitzer zerstreut sind, auch von diesen schon jetzt herausfordern können. —

Dürfen wir also hiernach sagen, daß man ein Fortbestehen des Int. quor. bon. schon nach Gründen, die heutzutage ebenso vorliegen, in der späteren Kaiserzeit nicht bezweifeln konnte, so treten dazu noch andere, nur für das Römische Rechtsleben geltende, historische Umstände. Die ganze b. p. war vorherrschend aus dem Interesse der Creditoren und der übrigen Interessirten hervorgegangen, und wenn auch der Prätor mit seinem Institute noch andere Zwecke erreichte, so behielt er doch jenen Punkt stets im Auge, und ließ sogar, um ihn ganz genügend zu reguliren, wieder aus der b. p. das spatium deliberandi hervorgehen. Daher kommt, daß er die Leitung des Instituts auch für jeden einzelnen Erbfall stets in seiner Hand behielt, und nicht die Beurtheilung, wer der wahrscheinliche Erbberechtigte sei, den judices in den einzelnen hinterdrein folgenden Processen überließ. So hat also die b. p. unter der Hand des Prätors, stets, wie ich vorher schon bemerkte, vorherrschend ihr possessorisches Element beibehalten. Als nun die Thätigkeit des Prätors wegfällt, als daher die b. p. einen rein petitorischen Charakter bekommt, d. h. ein Complex von Rechtsregeln wird, nach denen sich in Verein mit denen des Civilrechts die definitive Erbberechtigung der Einzelnen entscheidet, — sollte jetzt das Römische Rechtsleben, das sich Jahrhunderte lang an jenes possessorische Element gewöhnt hatte, auf einmal dieses Bedürfnisses sich haben entschlagen können? Wir sehen ja das Gegentheil schon dadurch bewiesen, daß sich neben dem Int. quor. bon. in einem beschränkten Kreise sogar noch ein neues ähnliches Rechtsmittel, die missio ex edicto Hadriani, festsetzen konnte, welches nun,

weil es zu den damaligen Verhältnissen noch mehr paßte, in diesem Gebiete das Interdict allmählich verdrängte, aber jedenfalls liegt doch darin, daß ein possessorisches Rechtsmittel bei Erbschaftsangelegenheiten den Römern ein Bedürfniß war, und daß also sehr erklärlicher Weise die Kaisergesetzgebung sich aus gutem Grunde noch immer mit dem Interdicte beschäftigte.

Weil die b. p. durchaus den Charakter des definitiven Erbrechts bekommen hatte, und die b. p. sine re verschwunden war, mußte freilich das Interdict eine wesentlich andere Gestalt erhalten; aber fortbestehen mußte es, damit der alte Zweck, den die b. p. früher ausfüllte, auch fernerhin noch befriedigt werde. Das Interdict ist in seiner neueren Gestalt an die Stelle der alten b. p. sine re getreten. –

Ziehen wir nunmehr den Schluß aus dem Gesagten, so können wir uns auch so ausdrücken: die b. p. der späteren Kaiserzeit enthält zwei Elemente, ein petitorisches und ein possessorisches: beide bestehen selbständig *neben einander*. Jenes ist der Complex der Rechtsregeln, wonach sich *in Verein* mit denen des Civilrechts, die definitive Erbberechtigung richtet (**successio ex jure civili et honorario**). In Beziehung hierauf ist völlige Gleichheit der Erbbefugnisse des **heres** und **bonorum possessor** vorhanden, außer daß noch rücksichtlich der Antretung dieses definitiven Erbrechts sich zwischen Beiden einige Verschiedenheit findet.

Daneben aber besteht noch ein allgemeines possessorisches Rechtsmittel, welches jeder Civilerbe nicht durch **hered. aditio**, sondern nur durch besondere Agnition erwirbt, während es dem Prätorischen Erben zugleich mit seiner definitiven Erbantretung zusteht. Hiedurch wird, ehe das Recht der **ex jure civili** oder **praetorio** die **successio** Verlangenden definitiv entschieden ist, bereits provisorisch der Besitz der **corpora hereditaria** festgestellt. Indeß hat dies Interdict der ebenfalls provisorischen **missio** einen Theil seines Gebietes abtreten müssen.

§. 146. Es bleibt uns noch die Frage, ob das Interdict ein summarisches genannt werden könne? Was wir für die frühere Zeit in dieser Hinsicht zu sagen haben, ist schon Bd. I. S. 359. angegeben. In Bezug auf die spätere Kaiserzeit kann

man allerdings eine gewisse Summarietät der Interdicte zugestehen, wenn man nur sich vor drei Fehlern hütet; daß man nämlich die Punkte, auf die man die Summarietät stützt, nicht für etwas lediglich den Interdicten Eigenes hält [1]), ferner, daß man andere Punkte, welche die besonders summarische Behandlung einzelner Interdicte allerdings zeigen, nicht als sich von selbst verstehend auch auf andere Interdicte ausdehnt [2]), und endlich daß, wenn man nun die Interdicte überhaupt summarisch nennt, man damit nicht unseren heutigen summarischen Proceß verwechselt, der doch noch auf ganz anderen Grundlagen ruht.

Ich brauche mich aber auf Alles dies nicht weiter einzulassen, und verweise den Leser auf Hollwegs gediegene Darstellung [3]), dem auch darin völlig beizustimmen ist, daß für die Interdicte eine allgemein provisorische Natur durchaus nicht angenommen werden kann. Auch ist gerade rücksichtlich unseres Interdictes an und für sich aus seiner Summarietät, wie Hollweg ganz mit Recht (S. 395. Not. 30.) annimmt, für seine provisorische Natur keine Folgerung abzuleiten [4]). Es ließe sich vollkommen denken, daß es trotz seiner Summarietät, trotz der Ausschließung der Appellation, dieselbe Gestalt behalten hätte, welche es zur Zeit der klassischen Juristen hatte, falls nämlich nicht die ganze b. p. umgestaltet worden wäre. Seitdem es aber durch die innere Umwälzung der b. p. ein provisorisches Rechtsmittel geworden war, und nicht mehr gegen den heres ging, erscheint es freilich sehr natürlich, daß dies gerade der Grund wurde, es auch in der Form noch summarischer zu machen, und also namentlich die Appellation zu verbieten, worauf man ohne das wohl ebensowenig gekommen wäre, als man z. B. beim Int. quod legatorum jemals daran gedacht hat.

Diese Ausschließung der Appellation, die sonst nur noch beim

1) Wie namentlich die Ausschließung der litis denunciatio.

2) Wie z. B. die Ausschließung der Appellation und Anderes.

3) Handbuch d. Civilpr. I. S. 392.

4) Ob ein Interdict diese Stellung zu einer petitorischen Klage einnimmt, ist stets in jedem einzelnen Falle aus seiner inneren materiellen Natur abzuleiten. Und danach läßt sich dies bekanntlich auch noch für einige andere Interdicte, außer dem quor. bon., annehmen.

Int. unde vi vorkommt, scheint mir nun genau zusammenzuhängen mit der gleichen Verfügung, welche, mit geringem Unterschiede der Zeit, auch für die missio ex edicto Hadriani getroffen wurde.

Im Jahre 374 bestimmen sie nämlich Valentinian, Valens und Gratian für das Interdict,

l. 22. Th. C. quor. appell. non recip. (XI. 36.) In interdicto quorum bonorum cesset licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuriis tarditatis.

und schon im Jahre 379 wird dieselbe Bestimmung auch für die missio von Gratian, Valentinian und Theodosius wieder eingeschärft [4a]).

l. 26 Th. C. eod. — Quisquis, ne voluntas diem functi testamento scripta reseretur, vel ne hi quos scriptos patuerit, heredes edicti per divum Hadrianum conditi beneficium consequantur, ausus fuerit provocare, interpositamque appellationem, cujus de ea re notio erit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum auri mulcta et litigatorem, qui tam importune appellaverit, et judicem, qui tam ignave conniventiam adhibuerit, involvat.

Wir sehen also auch in diesem Punkte beide Rechtsmittel durchaus gleichen Schritt gehen. Und so liegt denn wohl die Annahme sehr nahe, daß in der damaligen Zeit beide Rechtsmittel ganz denselben practischen Effect haben. Beide gehen auf die corpora hereditaria, das eine verdrängt das andere ganz aus seinem Kreise, es würde also auch höchst gezwungen sein, wenn man annehmen wollte, es sei damals noch an den alten Unterschied, daß die missiones nur custodia gewähren, das Interdict aber wahre possessio verleiht, irgend gedacht worden [5]).

4a) S. fr. 7. pr. de appell. recipiend.

5) Nur den Unterschied muß man allerdings wohl annehmen, daß die missio auch ohne allen Gegner erbeten und ertheilt werden kann, während das Interdict einen Anderen, der schon factisch Besitz ergriffen hat, voraussetzt, denn von einer anderen Gestaltung desselben finden sich, abgesehen von der westgothischen Compilation, in

Deßhalb dürfen wir auch umgekehrt die Bedeutung der **missio** als eines provisorischen Rechtsmittels als einen äußeren Beweisgrund für das anführen, worauf uns beim **Int. quor. bon.** ebenfalls schon die innere Umgestaltung der **b. p.** geführt hat (s. §. 144. Not. 9.). Savigny, der die provisorische Bedeutung der **missio Hadriana** nicht in Zweifel zieht, bestreitet aber doch die daraus für das Interdict zu beziehenden Folgerungen. Ich behaupte natürlich nur, daß lediglich nach der späteren Gestalt des Interdicts eine Vergleichung beider Institute möglich sei [6]). Savigny giebt zu, daß auch bei der **missio** ein Gegner, also ein kurzes processualisches Verfahren vorkommen könne, indem doch mancherlei Einwendungen des Besitzers gegen den, der die **missio** erbittet, nothwendig beachtet werden müssen. Welche Einwendungen dahin gehören, habe ich hier nicht zu untersuchen. Ferner steht auch das fest, daß, wie Savigny selbst sagt, „in späterer Zeit die **missio** so gut wie die Entscheidung des Interdicts als eine von jedem Richter ausgehende Verfügung“ erscheint. Nichts destoweniger aber sei das Bedürfniß provisorisch und auf bloße Wahrscheinlichkeit über testamentarisches Erbrecht zu erkennen, keineswegs, auch rein practisch betrachtet, für die übrigen Fälle vorhanden. Da der Richter bei einem Testament nur auf eine bestimmte, durch sinnliche Wahrnehmung leicht und sicher erkennbare Thatsache zu entscheiden hat, so sei damit die doppelte Gefahr der blinden regellosen Willkühr, und der Verschleppung der Sache beseitigt. Wo dagegen ein angeblicher Verwandter Intestaterbrecht in Anspruch nehme, und der Besitzer die Verwandtschaft be-

---

den Quellen keine Beweise. — Aber es läßt sich dafür auch ein innerer Grund anführen, daß nämlich ein fremder scriptus heres (ganz abgesehen von den besonderen Einwirkungen der Römischen Erbschaftssteuer) auch bei ganz unbesessenen Gütern lieber eine gerichtliche Einweisung wünschen wird, während Verwandte oder Ehegatten in Folge ihres nahen Verhältnisses zum Erblasser sich gar nicht bedenken werden, die Güter, auf die sie Erbrecht zu haben meinen, gleich factisch in Besitz zu nehmen. Hier findet sich also das practische Bedürfniß eines gerichtlichen Schutzes für die Besitzeserlangung nur, wenn ein Anderer schon im Besitze ist.

6) Ich beziehe mich also nicht auf das von Savigny Zeitschrift Bd. V. S. 10. Gesagte, sondern auf Bd. VI. S. 239. u. S. 264. Not. 1.

streite, da seien jene beiden Gefahren so stark, daß die Anwendung eines provisorischen Rechtsmittels sehr bedenklich werde.

In Bezug auf die letzte Gefahr, die Verschleppung der Sache, gebe ich freilich zu, daß wenn der Richter den Zweck des Instituts aus den Augen verliert, und aus einem Rechtsmittel, das nur in der Raschheit der Beendigung seinen wahren Nutzen trägt, ein lange dauerndes Verfahren macht, dann es eben sogut wäre, das Rechtsmittel bestände gar nicht. Und in dieser Weise ist unserer deutschen Praxis wohl gegründeter Vorwurf zu machen. Aber dies entscheidet doch nicht gegen die Nützlichkeit des Institutes selbst, welchem, damit sie wirklich ins Leben trete, auf andere Weise, nicht durch Aufhebung desselben, geholfen werden muß. Wenn also wirklich das Interdict auf zweckmäßigem Grunde ruht (und ich verweise in dieser Beziehung auf die Ausführungen des vorigen §.), so haben wir nur darüber zu wachen, daß es seine wahre Tendenz behalte, und durch rasche Entscheidung seinen Zweck erfülle.

Die andere Gefahr aber, welche Savigny hervorhebt, scheint mir eher umgekehrt gefaßt werden zu können. Bei den Fragen über Verwandtschaft, oder eheliches Verhältniß ist viel leichter eine ziemlich sichere Wahrscheinlichkeit zu constatiren, der Zustand, ob man Jemand bisher für ein Kind, für einen Vetter des Verstorbenen gehalten hat, ist im Allgemeinen rasch und mit Sicherheit festzustellen, so daß man hier dem Richter ohne Gefahr vor regelloser Willkühr, freies arbitrium lassen kann. Dagegen die Fragen, ob ein Testament gültig sei, gehen sogleich so sehr ins Specielle, es sind so vielerlei Bedenklichkeiten möglich, daß, um den Richter hier von Willkührlichkeiten abzuhalten, eine absolute Rechtsregel feststehen muß, aus welchen Gründen man das Testament für wahrscheinlich gültig oder ungültig zu halten habe. Deßhalb proponirte gerade schon der Prätor bei der **sec. tab. b. p.** feste Sätze, nach denen er die Wahrscheinlichkeit im allgemeinen präsumiren wollte, während bei den übrigen Klassen nicht in gleicher Weise bestimmte Regeln dem Edicte einverleibt wurden. Deßhalb wurde auch, offenbar sich ganz an das Prätorische Recht anlehnend, für die **missio** ein äußerlich fehlerfreies Testament verlangt, während beim Interdict, das, wie wir gesehen haben, vorzüglich

außerhalb der testamentarischen Succession in Gebrauch blieb, ebenso wie hier früher die freie Untersuchung des Prätors allein in Betracht kam, so auch in der späteren Zeit die Beurtheilung der Wahrscheinlichkeit dem richterlichen **arbitrium** überlassen blieb. —

Ueberhaupt aber ist die Zusammenstellung des Interdicts mit der **missio** nicht bloß vom rein practischen Standpuncte aus zu unternehmen, von welchem Gesichtspunkte Savigny a. a. O. lediglich ausgeht, sie ist eine historisch gerechtfertigte, auf die uns die Quellen unzweideutig hinführen. Beide Institute sind in Bezug auf den Gegenstand (die **corpora hereditaria**) entschieden gleich, sie erleiden gleiche Schicksale in Bezug auf die Inappellabilität, das eine wird durch das andere zurückgedrängt. Beide Institute werden endlich in den Quellen als besondere **beneficia**, und zwar offenbar in Bezug auf **celeritas**, hervorgehoben, und gerade auch ehe die Appellation ausgeschlossen war, sollen sie schon solche **beneficia** gewesen sein. Da nun aber im Uebrigen die Summarietät derselben durchaus nicht so bedeutend war, und sie diese mit vielen anderen Klagen theilten, bei denen jener Ausdruck gar nicht vorkommt, so führt das darauf, daß der Grund dieses **beneficium** nicht vorzugsweise die äußere processualische Raschheit des Verfahrens ist, sondern die innere Construction der Rechtsmittel, derzufolge sie, weil das Recht nicht definitiv, sondern nur nach Wahrscheinlichkeit entschieden wurde, nothwendig rasch beendigt werden mußten. Bei der **missio Hadriana** steht dies ja auch vollkommen fest, und für das Interdict bringt es schon die Interpretation jener Stelle mit sich. Es habe, sagt der Kaiser von Anfang an die **celeritas** bezweckt (**beneficio celeritatis inventum**), da aber in früherer Zeit die Summarietät noch viel weniger hervortritt, so muß der Kaiser von der inneren Structur des Rechtsmittels gesprochen haben, die nun hauptsächlich erst durch seine Verfügung auch äußerlich im Verfahren zur Erscheinung kommen soll [7]. —

7) Bd. I. S. 385 f. — Hollweg a. a. O. S. 395. Not. 30. erklärt daher den Ausdruck **beneficium**, der bekanntlich schon bei Gaius III. 34. der b. p. gerade in Bezug auf das Interdict beigelegt wird, und dann so häufig in den Quellen wiederkehrt, wohl zu eng ledig-

Jetzt haben wir denn auch endlich die Stelle anzuführen welche so vielfache Mißverständnisse hervorgerufen hat, und namentlich für den Beweis der Summarietät aller Interdicte besonders des unsrigen, viel mehr urgirt worden ist, als eine natürliche Interpretation mir an die Hand zu geben scheint. Ich meine die

l. un. Th. C. quor. bon. (Arcad. et Hon.). – Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen? §. 1. Constat autem, virum ab intestatae uxoris bonis, superstitibus consanguineis, esse extraneum, cum prudentium omnium responsa, tum lex ipsa naturae successores eos faciat. §. 2. Insuper etiam mansura perpetua sanctione jubemus, ut, omnibus frustrationibus amputatis, in petitorem corpora trasferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.

Daß man aus dieser Stelle nicht beweisen kann, es sei hier (auch in der Gestalt wie die Worte in l. 3. C. quor. bon. lauten) von der her. petitio die Rede, welche dem Ehegatten reservirt werde [8]), ist bereits Bd. I. S. 394. ausgeführt worden. Es würde auch schon nach dem ganzen Gange der Constitution diese Endentscheidung unnatürlich sein. Sie setzt als feststehend voraus, daß consanguinei vorhanden, und die heredes sind. Nun geht sie die beiden Punkte durch, auf die sich der Wittwer allenfalls berufen könnte, um die er-

---

lich aus der summarischen Natur. Gerade weil die Ausdrucksweise wechselt, und bald das Interdict, bald die b. p. wegen des Interdicts so genannt wird, sieht man, daß das beneficium nicht im Processualischen, sondern im Wesen der b. p., durch welches das Wesen des Interdicts bedingt wird, liegt. — Uebrigens wird man mir wohl nicht entgegenhalten, daß auch Stellen vorkommen (z. B. l. 8. Th. C. de matern. bon.), wo mit edicti beneficium nicht bloß gerade das Interdict, sondern überhaupt das ganze Prätorische Erbrecht bezeichnet wird.

8) v. Löhr Archiv f. civ. Pr. XII. S. 105. Früher vertheidigte von Löhr die richtige Ansicht. S. dessen Uebersicht der Constit. Heft I. S. 82.

bona hereditaria zurückzubehalten. Von dem ersten Punkte könne gar nicht die Rede sein, da, sobald consanguinei existirten, es sich von selbst verstehe, daß der Ehegatte kein Erbrecht habe. Er könne sich also nur etwa darauf berufen, daß die Sachen ihm gehörten, aber, wenn der Erblasser sie bis zum Tode besessen, müßten dennoch dieselben einstweilen herausgegeben werden, mit Reservirung einer etwanigen Eigenthumsklage. Man sieht, die Kaiser setzen die consanguinei entschieden als heredes voraus, dies wird also der Mann gar nicht eigentlich bestritten haben, und unmöglich kann dem Manne bei solcher Voraussetzung noch die her. pet., als ein Punkt der Vertröstung, reservirt werden, er würde ja doch nicht damit siegen.

Aber gerade aus den Voraussetzungen, die in unserer Stelle liegen, läßt sich die natürliche Anwendung des Int. quor. bon. sehr einfach erklären. Es sind consanguinei vorhanden, und über dies Verwandtschaftsrecht liegen keine Gründe des Streites vor; etwas Anderes ist freilich immer noch, daß der Mann ihnen ihr Erbrecht gleich zugestehen sollte, er wird sich nicht damit selbst die Möglichkeit verbauen, doch noch vielleicht, wenn besondere Umstände gegen sie zu Tage kämen, mit der successionis vindicatio aufzutreten. Aber jedenfalls liegt doch dergleichen jetzt nicht vor, unsere Stelle setzt gerade einen Fall voraus, wie er so oft vorkommt, wo eine spätere Erbklasse einer früheren gegenübersteht, und freilich keine Gründe hat, dieser ihr Erbrecht zu bezweifeln, aber doch es auch nicht gleich zugestehen will. Hier ist es passend, daß die frühere Erbklasse schon auf bloße Wahrscheinlichmachung ihres Erbrechts den Besitz erhält, wodurch denn auch in den meisten Fällen ein weitläuftiger Erbschaftsproceß ganz vermieden wird, da die spätere Klasse in der That kein Recht hat, während freilich, wenn besondere Gründe vorliegen, ihr die her. pet. durchaus zusteht.

Der Hauptgrund, auf welchen der Mann sich nach unserer Stelle stützt, ist, daß die einzelnen Sachen ihm gehörten, während die Berufung auf sein Erbrecht nur eine Nebenvertheidigung war, damit die Kläger ihres Wahrscheinlichkeitsbeweises nicht überhoben werden sollen. Mit jenem anderen Punkte beschäftigt sich unsere Stelle eigentlich, das Principium und der §. 2. handelt davon, zwischen welche der §. 1. nur als

ein Nebenpunkt eingeschoben ist. Die Kaiser entscheiden nun diese Frage ganz nach den von jeher bestehenden Grundsätzen. Die Voraussetzung ist nämlich, daß Kläger den Besitzeszustand des Erblassers zur Zeit des Todes *beweisen* muß (quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset), und gewiß ist hierfür fortwährend, so wie früher, ein wahrer Beweis, nicht bloß eine Bescheinigung gefordert worden. Sobald aber dieser Beweis vorliegt 9), so sollen alle weiteren Behauptungen des Eigenthums damit abgeschnitten sein, und vom Bekl. in einem eigenen Proceß geltend gemacht werden. Hiernach scheint doch durchaus die natürlichste Interpretation, daß da schon im Principium diese Gegenbehauptungen des Mannes erwähnt sind (etiamsi quod possit de proprietate tribui luctamen), nur mit den Worten omnibus frustrationibus amputatis („mit Ausschluß aller Weiterungen") eben diese unzulässigen Gegenbehauptungen gemeint sind, weßhalb denn am Ende hinzugesetzt wird, daß eine besondere *darauf* gestützte Klage nicht ausgeschlossen sei.

---

9) Dieser Punkt scheint mir von Mayer Erbrecht I. S. 416. 417. nicht richtig gefaßt zu werden. Er sagt, während eigentlich der Besitz pro herede und pro possessore wesentliche Voraussetzung des Interdictes sei, so solle doch *die auf Einzelnes aus einer Gesammtheit gerichtete Behauptung*, man besitze es titulo proprio, nur um frustrationes abzuschneiden, nicht gehört werden. Und darin findet er dann den Beweis, daß alle Einreden altioris indaginis ad separatum verwiesen werden sollen. Aber dies ist doch aus unserer Stelle nicht abzuleiten. Wenn der Bekl. behauptet, er besitze einzelne Sachen (neben dem, was er pro her. od. pro poss. hat) titulo singulari d. h. er besitze es schon von Lebzeiten des Erblassers her, so muß, wie unsere Stelle es ausdrücklich voraussetzt, der Kläger beweisen, daß der Erblasser diese Sachen in ultimum usque diem im Besitz gehabt habe. Alsdann nämlich darf sich der besitzende Beklagte nicht auf einen titulus singularis berufen, denn er hat die Sachen eigenmächtig in Besitz genommen, und nemo sibi causam possessionis mutare potest. Wo dagegen der Kläger jenen Beweis nicht liefern kann, da werden sie keineswegs mit den übrigen Sachen auf den Kläger übertragen, sondern das Interdict ist auf sie, weil die Hauptbedingung fehlt, gar nicht mit gerichtet, und der Interdictskläger kann sich dann nur mit der rei vind. helfen. S. Savigny Zeitschrift VI. S. 252.

Man hat in neuerer Zeit, wenn ich so sagen soll, Jagd gemacht auf Stellen, wodurch die Summarietät der Interdicte bewiesen würde, und danach sich denn auch besonders auf diese Stelle gestützt. Wenn man nun aber über die Sache einverstanden ist, und die Summarietät namentlich des Int. quor. bon. zugiebt, so wird man doch aber auch von der anderen Seite zugestehen müssen, daß in dieser Stelle gar keine weitere Andeutung sich findet, der Kaiser denke hier an die Summarietät, und daß also gar kein Grund vorhanden ist, die Worte omnibus frustrationibus amputatis auf etwas Anderes zu beziehen, als woran er entschieden denkt, nämlich auf die Eigenthumsbehauptungen des Beklagten. Deßhalb scheint mir auch die Reception dieser Stelle in den Codex nicht für das Interdictum quor. bon. dieselbe besondere Summarietät zu rechtfertigen, welche allerdings für einzelne andere Interdicte nach Maaßgabe der uns vorliegenden Stellen angenommen werden muß [10]).

§. 147. Die bisherige Darstellung hat schon gezeigt, wie wir uns im Allgemeinen das Verhältniß des Int. quor. bon. zur her. pet. zu denken haben. Es ist aber in dieser Hinsicht doch noch Einiges bisher nicht Erörterte hinzuzufügen.

1) Ich bemerkte schon §. 145. a. Ende, das Interdict sei gewissermaßen an die Stelle der alten b. p. sine re getreten. Durch die letztere ernannte der Prätor einen rein interimistischen Repräsentanten des Erben, der einstweilen selbst als Erbe herrscht, bis dann der wahre heres mit der her. pet. siegt. Jetzt kann auch der, welcher nur wahrscheinlich zu machen vermag, er sei der Nächstberechtigte, selbst wenn er es in der That nicht ist, einstweilen den Besitz der corpora hereditaria erlangen, bis der Gegner mit der successionis vindicatio siegt, und dies ist gerade das possessorische Element, welches unsere Lehre auch noch stets aus früherer Zeit her bewahrt hat.

Indessen müssen wir doch noch genauer die Unterschiede angeben, welche hiebei nicht zu verkennen sind. Ich meine zweierlei:

---

10) Hollweg a. a. O. S. 397. f. l. 8. C. unde vi. l. 1. C. si per vim l 14. C. de agricolis.

a) die frühere interimistische Repräsentation, welche in der b. p. sine re lag, bezog sich auf die gesammte ideelle Erbschaft, sie war ein Besitz des ganzen Erbrechts, eine wahre interimistische Universalsuccession. Da sie sich auf die prätorische Verleihung stützte, gewährte sie ein sehr freies Schalten und Walten über die Erbschaft. Das Int. quor. bon. war nur ein Theil der daraus fließenden Befugnisse, sie verlieh auch alle anderen Rechte, welche im Begriff der Universalsuccession liegen. Der b. possessor sollte für Alles wie ein Erbe haften (passivae fictitiae actiones) [1], dafür sollte er aber auch alle Rechte geltend machen können, und diese trennte der Prätor nach einer sehr natürlichen Unterscheidung in das Universalrecht auf alle corpora hereditaria (Int. quor. bon.) und alle aus der Person des Erblassers geltend zu machenden Einzelklagen (activae fictitiae actiones) [2].

---

1) Deßhalb liberirte der bon. possessor, wenn er *einen* Erbschaftsgläubiger bezahlte, dadurch den ihm gegenüberstehenden heres, worin zugleich liegt, daß der b. possessor, wenn jener die her. pet. anstellte, bei der Restitution der Erbschaft die gezahlte Summe abrechnen konnte. Fr. 95 §. 8. de solut. Bei einem anderen possessor hereditatis war dies dagegen nicht der Fall. Fr. 28. §. 2 eod. fr. 19. §. 1. de cond. indeb. — Dies ist wieder ein wichtiger Beweis für den schon im ersten Bande oft hervorgehobenen Satz, daß die b. p. sine re eine große reelle Bedeutung, nämlich die der interimistischen Repräsentation des heres, hatte.

2) Also wenn der b. possessor von einem Erbschaftsschuldner die Schuld einklagte, oder auch ohne Proceß sich zahlen ließ, so wurde jedenfalls dadurch der Debitor liberirt, und dies konnte nicht im Geringsten dadurch verändert werden, daß hinterdrein ein heres gegen den b. possessor auftrat, und ihm die Erbschaft evincirte. Interessant aber ist, was wir in dieser Hinsicht noch besonderes aus fr. 26. §. 11. de cond. ind. lernen. Wenn nämlich bei diesem Erbschaftsproceß der b. possessor nicht so, wie er muß, die Erbschaft defendirt, d. h. keine Caution leistet, so daß mittelst des Int. quam hereditatem eine Translation des Besitzes eintreten kann, so muß freilich der Debitor immer daran festhalten können, daß er durch seine frühere Zahlung an den b. possessor liberirt sei, aber er muß auch, da der b. possessor durch sein Nichtdefendiren der hereditas gleichsam sein ganzes interimistisches Stellvertretungsrecht ex post vernichtet, seine frühere Zahlung an denselben, obgleich sie ein wahres debitum betraf, mit einer condictio sine causa revo-

In der späteren Kaiserzeit aber ist die Geltendmachung dieser activen fictitiae actiones weggefallen; wer die Einzelklagen des Erblassers anstellen will, muß seine definitive successio ex jure civili oder praetorio beweisen, ebenso wie wenn er die successionis vindicatio anstellt, d. h. er hat nicht bloß her. aditio oder Agnition, und ferner auch nicht bloß die Wahrscheinlichkeit seines Erbrechts, sondern die Wahrheit desselben darzuthun, wenn sein Gegner behauptet, er selbst oder ein Anderer sei der Nächstberechtigte.

Es bleiben also nur noch die corpora hereditaria als Etwas übrig, das man auf bloße Wahrscheinlichkeit hin fordern kann, aber es braucht nun auch wohl nicht weiter ausgeführt zu werden, daß, da einmal das alte auf die ganze Universalsuccession gerichtete System der b. p. jetzt nicht mehr gehandhabt werden konnte, auch gerade lediglich in Bezug auf diese corpora hereditaria noch ein practisches Bedürfniß vorlag, das alte possessorische Element der b. p. aufrecht zu erhalten.

Ganz anders aber ist es mit den gegen den Erbschaftsbesitzer geltend zu machenden Klagen, welche der b. possessor früher stets als fictitiae gegen sich richten lassen mußte. Wie weit hier bei einem Erbschaftsbesitzer, der nicht b. p. agnoscirt hat, die Grundsätze der b. p. etwa analog anzuwenden waren, darüber mögen auch schon die Römischen klassischen Juristen zweifelhaft gewesen sein [3]; und in der Folgezeit müssen darüber ebenfalls Schwankungen geherrscht haben, mogte der Besitzer durch factische Ergreifung oder durch Sieg mit dem In-

---

ciren dürfen. Der Debitor muß, da der b. possessor nicht defendirt, ganz in den früheren Zustand zurückversetzt werden können, um dann erst demjenigen zu zahlen, welcher sich ihm gegenüber wirklich als heres ausweist. — Dagegen wenn Jemand darthun kann, daß er Etwas indebite an den b. possessor gezahlt habe, so kann er es stets, mag dieser defendiren oder nicht, condiciren. — Die Worte unserer Stelle, welche ich mit dem Gesagten verständlich interpretirt zu haben hoffe, obgleich sich noch Mehr darüber sagen ließe, lauten: Heredi (richtiger ist wohl die Lesart hereditatis) vel bonorum possessori, siquidem defendat hereditatem, indebitum solutum condici poterit; si vero is non defendat, etiam debitum solutum repeti potest.

3) V. auch fr. 6. §. 1. de interr. in jure.

terdict, oder durch missio zum Besitz gelangt sein. Deßhalb findet Justinian es nöthig in l. 12. C. de her. pet. dies genauer festzustellen, und die Grundsätze, die er hierüber anordnet, sind recht passend und vernünftig.

b) Ein zweiter wichtiger Unterschied der früheren b. p. sine re und des jetzigen Int. quor. bon. liegt darin, daß in jenem Falle der einstweilige Besitzer nur durch die her. pet. eines Civilerben vertrieben werden konnte. Denn ein vor dem b. possessor lediglich nach Prätorischem Recht Berufener hatte ja seine Agnition stets versäumt, und ein später zu Berufender konnte gar keine Ansprüche machen, indem nach einmal gültig ertheilter b. p. sie nicht weiter deferirt wurde. Gerade weil daher im Ganzen wenigen Personen das Recht zustand, die b. p. zur sine re zu machen, so hatte das Int. quor. bon. damals so häufig ein ganz anderes practisches Resultat, es diente zur Erlangung der Güter, die der b. possessor dann auch dauernd behielt.

Wer aber in späterer Kaiserzeit durch das Interdict zum interimistischen Besitz der Erbschaftssachen gelangt war, konnte natürlich von Jedem, der besseres definitives Erbrecht nachwies, mit der successionis vindicatio besiegt werden. Und dies konnte daher, seit die b. p. inter alienas vices agnoscirt werden durfte, auch Jemand sein, der sich auf successio ex jure Praetorio stützte, ein näherer Verwandter, von dessen Existenz man etwa zuerst nichts wußte, und der auch selbst nichts vom Erbfall erfahren hatte, nun aber nach Agnition der b. p. gegen den auftritt, welcher selbst schon gegen entferntere Prätendenten mit dem Int. quor. bon. gesiegt hatte. Ebenso auch ein entfernterer Prätorischer Erbe, welcher nachwies, daß der in Folge der Wahrscheinlichkeit seines Erbrechts in den Besitz Gesetzte, wegen der inneren Ungültigkeit des Testamentes oder weil er überhaupt kein Verwandtschaftsrecht habe, — ihm, dem in späterer Klasse Stehenden, Platz machen müsse. Und zwar konnte letzterer Fall eben so gut auch schon vor dem Gesetz des Constantius über die Agnition inter alienas vices vorkommen.

Also ebensogut, wie wir schon gesehen haben, daß ein bon. possessor gegen den anderen ein Int. quor. bon. anstellen kann, so haben wir dies auch von der her. petitio zu sa-

gen. Es besteht jetzt die Regel, daß Jeder, welcher die successionis vindicatio hat (und natürlich sein Recht auch wirklich beweisen kann), den, welcher mit dem Interdict gesiegt hatte, vertreiben kann. Darin aber liegt wieder ein vollständiger Beweis für den oben schon dargethanen Satz (§. 127.), daß seit der Umgestaltung der b. p., oder wie man auch sagen kann, seit der Entstehung der successionis vindicatio für die Prätorischen Erben, von der alten b. p. sine re gar nicht mehr die Rede sein kann [4]).

2) Bisher sprach ich von dem practischen Verhältniß, welches im einzelnen Erbfall die beiden Rechtsmittel zu einander einnehmen. Ich muß noch einige Worte über das theoretische Verhältniß, in welchem beide Rechtsinstitute zu einander stehen, hinzufügen. Im ersten Bande habe ich weitläuftiger entwickelt, daß die merkwürdige Gestalt der her. pet. (als ein die corpora hereditaria und die obligatorischen, nicht aber die dinglichen Einzelklagen umfassendes Rechtsmittel) sich aus der pro herede usucapio erklärt; wogegen die prätorische Construirung der Rechtsmittel für den bon. possessor eine natürlichere dem Wesen des Erbbegriffs entsprechendere

4) Hiebei könnte man noch auf die Frage kommen, ob, wenn Jemand schon mit dem Interdict gegen Dritte gesiegt hat, nun ein noch näher Berechtigter gegen diesen nicht mit der her. pet., sondern etwa wieder mit dem Int. quor. bon. und bloßem Wahrscheinlichkeitsbeweis auftreten könnte? Allein ich habe wohl nicht nöthig, mich ernstlich auf die Beantwortung dieser in den Quellen bekanntlich nirgends angedeuteten Frage einzulassen. Wer einmal durch Richterspruch als wahrscheinlicher Erbe, sei es auch nur bestimmten Personen gegenüber, in den Besitz der Sachen gesetzt ist, kann daraus nur wieder vertrieben werden, wenn die Wahrheit an die Stelle der Wahrscheinlichkeit tritt. Ebenso haben wir also natürlich auch zu sagen, daß gegen den missus ex edicto Hadriani nicht noch wieder ein Int. quor. bon. angestellt werden kann, und dies stimmt mit der l. 3. C. de edict. div. Hadr. toll. vollkommen überein. Daß aber umgekehrt durch die missio noch ein Besitzer, der mit dem Interdict gesiegt hatte, wieder vertrieben werden könne, wie Mayer Erbrecht I. S. 416 zu meinen scheint, dünkt mir bei der ganz gleichen Stufe, auf der das Interdict und die missio stehen, völlig unzuläßig. Die l. 3. C. cit. beweist freilich nicht dafür, aber wahrlich auch Nichts dagegen.

ist, wonach die Einzelklagen ganz abgesondert werden, und das Interdict nur auf die corpora hereditaria geht.

Wir haben nun schon im Verlauf der Darstellung gesehen, daß nicht bloß das Interdict dem Gegenstande nach unverändert geblieben ist, sondern auch an der sonderbar gebildeten civilis her. pet. keine Umgestaltung sich findet, so daß sie auch in ihrer Uebertragung auf den Prätorischen Erben diesem ganz so wie dem heres zustand.

Es läßt sich nun wohl sagen, daß man für die her. petitio aus der Art, wie der Prätor seine Rechtsmittel bildete, etwas lernen kann. Und man darf fragen, warum bei den Römern das, was das Prätorische System Besseres enthält, auf die her. pet. nicht übertragen worden ist?

Es läßt sich darauf nicht antworten, daß die h. p. ein fingirtes Erbrecht, also auf die hereditas nicht übertragbar sei. Wir sprechen hier nur davon, wie man am Besten rein aus dem Wesen des Erbrechts die Rechtsmittel des vollkommen zu schützenden Erben wissenschaftlich construirt, und dabei ist es vollkommen einerlei, ob das Erbrecht ein fingirtes ist oder nicht. Was hier das Resultat der Wissenschaft ist, wird auch dadurch von selbst practisches Recht, falls nicht besondere Eigenheiten des positiven Rechtes, wie es die pro herede usucapio war, entgegenstehen.

Man kann an und für sich einen doppelten Weg gehen, um zu diesem wissenschaftlichen Resultat zu gelangen. Einestheils läßt sich sehr wohl sagen, daß Alles, was der Erbe als Befugniß seines Erbrechts geltend macht, in eine und dieselbe Klage zusammengestellt werden könne. Dann also wäre die her. pet. die wirklich ganz allgemeine Klage auf Anerkennung des Erbrechts; ihre eigentliche Grundlage ist stets der Beweis, daß man Erbe sei, und in ihr würde dann nicht bloß die Einforderung der corpora hereditaria (wobei noch der Besitz des des Erbl. mortis tempore als Beweispunkt hinzukommt), nicht bloß die obligatorischen Einzelklagen, sondern ebenso auch die dinglichen enthalten sein. Und in letzteren beiden Fällen steht denn neben dem Beweis des Erbrechts immer noch der Beweis des einzelnen dinglichen oder obligatorischen Rechtes, welches man geltend macht.

Faßte man die her. pet. in diesem weiten Umfang, so würden natürlich solche beschränkende Regeln, wie sie z. B. fr. 19 §. 3 de her. pet. enthält, daß zur her. pet. nur gehöre, was restituirt werden könne, — von selbst hinwegfallen.

Die Römer fassen nun in der That in gewisser Weise die her. pet. als eine Klage auf Geltendmachung des gesammten Erbrechtes auf; die juristische Grundlage ist bei ihnen nur: Anerkennung des Erbrechts, (hereditatem meam esse), und dies hat ja an und für sich eine so absolute Bedeutung [4a]), daß man glauben sollte, es könnten nun auch in Folge der Anerkennung dieses Erbrechts alle darin liegenden Befugnisse vom Bekl. mit der her. pet. durchgesetzt werden. Dennoch aber erscheint sie dann in Bezug auf den Gegenstand beschränkt. Nur was sich restituiren läßt, und Nichts worauf dem Erblasser schon eine dingliche Klage begründet war, liegt troß jener allgemeinen Grundlage im Gebiet der her. pet. Alles Uebrige muß auch vom Erben mit Einzelklagen geltend gemacht werden, troß dem daß hiebei ebenfalls die Voraussetzung ist, daß ihm neben dem besonderen Rechte, welches er einklagt, sein Erbrecht anerkannt werde [5]).

Es läßt sich aber ein genügender Grund anführen, daß die Römer troß der allgemeinen juristischen Basis, auf der sie die her. pet. aufbauten, dieselbe doch nicht auf alle im Erbrecht liegenden Befugnisse ausdehnen konnten. Die pro herede usucapio, welche der ganzen Klage ihre eigenthümliche Gestalt gegeben hatte, wirkte hier auch noch fortwährend ein. Hadrian hatte die Berufung auf die pro herede usucapio dem heres gegenüber verboten, und man ließ dies auch ebenso von der longi temporis praescriptio gelten [5a]). Es bestand also der wichtige Unterschied zwischen den Einzelvindicationen und der

---

4a) Es ist oben schon bemerkt, daß diese ganz absolute Bedeutung besonders klar in der (von der eigentlichen her. pet. getrennten) hereditatis petitio ex causa inofficiosi testamenti hervortritt. §. 122. Note 9.

5) Ob man den Beweis des dinglichen oder obligatorischen Rechtes als Hauptbeweis, den des Erbrechtes als legitimatio ad causam auffaßt, oder umgekehrt, ist ja an und für sich ganz willkührlich.

5a) s. §. 121 Note 5. §. 125 Note 5 u. 9.

her. pet., daß jene, nicht aber diese durch Ersitzung ausgeschlossen werden konnten. Und so ist es auch noch heutzutage.

War und ist es daher nicht passend, die her. pet. auf alle Erbbefugnisse auszudehnen, so fragt sich nun umgekehrt, warum die Römer nicht den entgegengesetzten Weg einschlugen, und die her. pet., um ihr eine natürliche Gestalt wiederzugeben, nach dem Vorbilde des Int. quor. bon. noch mehr einschränkten, also mit Ausschluß der debitores defuncti und allenfalls auch der debitores hereditarii im engern Sinne [5b]), sie lediglich auf die corpora hereditaria gerichtet sein ließen. Der Grund, weßhalb man die gegen die debitores gerichteten obligatorischen Klagen mit in die her. pet. hatte ziehen müssen [6]), war ja nur gewesen, daß der Gegner durch pro her. us. seine Schuld ersitzen konnte. Als nun Hadrian diese pro her. us. aufhob, war das freilich nur eine relative Aufhebung, d. h. der Besitzer sollte sich nur dem mit der her. pet. Klagenden gegenüber nicht darauf berufen können. Aber da Obligationen ja nichts als ein relatives Verhältniß zum Erben sind, so war doch damit die pro her. us. für die debitores völlig vernichtet, und daher kommt es, daß in der Justinianischen Compilation sich davon gar keine Spur findet. Nur Cicero hat uns die sichere Nachricht davon aufbewahrt (Bd. I. S. 47).

So war also ein practischer Grund nicht mehr vorhanden, der her. pet. die alte Ausdehnung zu lassen, man ließ es unverändert so, wie vieles Andere, weil man es einmal gewohnt war. Dies kann uns aber nicht hindern, den Schritt zu thun, welchen die Römer unterlassen haben, und die debitores überhaupt oder doch die debitores defuncti [7]) ganz aus der her. pet. zu streichen, oder wenigstens (denn sonst würde es auf einen Wortstreit hinauslaufen) die Sache selbst wohl im Auge zu behalten, daß die Erweiterung der her. pet. über die pro herede und possessore sowie die eigentlichen juris possessores [8]) hinaus, gar keine practische Bedeutung mehr hat.

5b) Bd. I. S. 310 ff.
6) fr. 13 §. 15 de her. pet.
7) Denn s. Bd. I. S. 317 Note 3.
8) fr. 13 §. 4—14 de her. pet.

Man ist vielleicht geneigt, hiergegen den oben schon bei einer anderen Gelegenheit erwähnten Einwand zu erheben, daß doch wenigstens dann noch ein practisches Interesse vorliege, wenn der Besitzer der corpora hereditaria zugleich debitor des Erblassers ist, ihn zugleich mit einer Klage auf Beides belangen zu können. Aber wenn das so wichtig wäre, warum sollte es denn nicht auch Bedürfniß sein, die Einzelvindicationen mit in die her. pet. hereinzuziehen, wenn der pro her. u. pro poss. possessor schon bei Lebzeiten des Erblassers Sachen von ihm in die Hände bekommen hatte? Gegen welches Bedürfniß, wenn es wirklich begründet wäre, auch nicht in Betracht käme, daß der Bekl. ein einziges Vertheidigungsmittel (nämlich die Berufung auf Ersitzung) nicht rücksichtlich der corpora hereditaria hat, während es allerdings für die schon vor dem Tode besessenen Sachen anwendbar ist.

Mir scheint dieser Punkt ziemlich einfach sich zu erledigen. Die Einforderung der corpora her. ist in Bezug auf die Beweispunkte, die Fragen, die hier unter den Parteien aufgeworfen werden können, und den hier eintretenden Charakter einer Universalklage, so wesentlich verschieden von der Geltendmachung einer dem Erblasser zuständigen Forderung, daß, wenn auch bei Beiden der Beweis des Erbrechts geliefert werden muß, das Eine und das Andere doch stets als innerlich verschiedene Klagen aufzufassen sind. Das erkennen die Römer vollkommen an, indem die Obligation stets auch als Einzelklage geltend gemacht werden konnte. Sie mußten sie nur um der pro her. usuc. willen mit in die eigentliche her. pet. hineinziehen, wovon denn aber die Folge war, daß dadurch die Obligation bisweilen ihre den Principien der her. pet. widersprechende Gestalt veränderte [9]).

Schon dies Letztere kann doch unmöglich heute noch angewandt werden, da, wenn Jemand zugleich eine Erbschaftsschuld und die corpora her. einklagt, der Richter in solchem Fall es doch stets als Klagencumulation aufzufassen, und danach auch auf Alles, was die Schuld mit sich bringt, zu condemniren hätte [10]).

Da nun aber außerdem die Obligation nicht mehr wegen

9) s. z. B. Bd. I. S. 314 Note 14.

10) Wir haben ja keine formulae mehr, und die Klagen brauchen nicht

der pro her. usucapio in die her. pet. hineingezogen zu werden braucht, so kommt dasselbe Verhältniß heraus, in dem an überhaupt die Einzelvindicationen zur her. pet. stehen; d. h. wir lassen hier ganz unsere processualischen Grundsätze über subjective Klagencumulation gelten. Es kann also allerdings, wenn es dem Richter passend scheint, und eine gute coordinirte Proceßführung im einzelnen Falle möglich ist, eine Obligation und die eigentliche her. pet. auf die corp. her. gegen denselben Beklagten zusammen in einem Proceß eingeklagt werden. Aber eine eben solche Verbindnng ist auch für eine Einzel-Vindication und die her. pet. denkbar und zulässig. Wo dagegen Verwirrungen im Proceßgange eintreten würden, kann der Richter in beiden Fällen eine Trennung in verschiedene Processe vorschreiben.

Darin liegt gerade, daß dem Wesen der Sache nach die Obligationen ganz wieder aus der her. pet. heraus, und in ihr Bestehen als Einzelklagen zurückgetreten sind, weil kein inneres juristisches Band mehr besteht, welches sie, im Gegensatz zu den Vindicationen, mit der her. pet. verknüpft. So brauchen wir denn aber auch dem Buchstaben nach nicht mehr fortbestehen zu lassen, was dem inneren Wesen nach schon gar nicht mehr vorhanden ist.

§. 148. Es bleibt uns nur noch eine Frage übrig, mit der wir den Beschluß dieses Buches zu machen haben.

Für die frühere Zeit steht es freilich nach der Ansicht Aller fest, daß, wer das Int. quor. bon. in Anspruch nehmen wolle, vorher die Agnition in gehöriger Frist nicht versäumt haben dürfe. Indeß könne dies beneficium nicht bloß der zur successio ex jure Praetorio Berufene, sondern auch jeder heres benutzen, sobald er nur nach den Prätorischen Agnitionsregeln die Erbschaft antrete. — Während man dies allgemein anerkennt, wird dagegen für die spätere Kaiserzeit meistens auch noch heutzutage die Ansicht ver-

---

mehr besonders benannt zu werden. Der Kläger kann also immer sagen, er habe zwei verschiedene Klagen, die eigentliche her. pet. und die Einzelklage mit einander cumulirt.

theidigt [1]), daß die Voraussetzung der Agnition für das **Int. quor. bon.** aufgehoben, und jeder **heres** auch bloß in Folge der **her. aditio** dazu berechtigt sei.

Von vorn herein weiß ich nicht recht, wie man sich diese meist sehr kurz ausgesprochene Ansicht eigentlich denkt. Das Interdict war bis zu der fraglichen Umänderung ein besonderes **beneficium** der **b. p.**, welches dem durch Prätorisches Recht Berufenen stets auch zustand, wenn er seine **successio** durch Agnition angetreten hatte, während der vom Civilrecht Berufene, der seine **successio** durch **her. aditio** antrat, noch zur Erlangung jenes **beneficium** der Agnition bedurfte. Indem also von der einen Seite dem Prätorischen Erben eine größere Formalität als dem Civilerben zur Erlangung der **successionis vindicatio** oblag, so war die Sache auch wieder für den Prätorischen Erben darin einfacher, daß er durch dieselbe Handlung zugleich den petitorischen und possessorischen Klagenschutz erhielt, während der Civilerbe außer der **her. aditio**, aus der nur die **successionis vindicatio** folgte, um des Interdictes willen dann noch sich der Agnition unterziehen mußte. Jedenfalls standen Beide, Prätorische und Civilerben, darin vollkommen gleich, daß, wenn sie beide Klagen haben wollten, sie **b. p.** agnosciren mußten, und in dieser Agnition lag dann für den Prätorischen ebensogut die Annahme des definitiven Erbrechts, wie sie für den Civilerben als **pro herede gestio** erschien [2]).

Die angeführten Schriftsteller scheinen nun zu sagen, daß später dem **heres** auch bloß in Folge der **her. aditio** das Interdict zustand, worin denn also liegt, daß der Prätorische Erbe fortan noch immer, sowohl zur Erlangung der **successionis vindicatio** als des Interdictes, die Agnition vornehmen mußte.

---

1) s. v. Löhr's Uebersicht der Constitutionen Heft 1. S. 82. Dessen Magazin III. S. 337. Mayer Erbrecht I. S. 417. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon II. S. 313.

2) Der Unterschied zwischen Beiden, daß nämlich der Prätorische durch Unterlassung der Agnition auch die **successionis vindicatio** d. h. überhaupt sein Erbrecht verscherzt, während der Civilerbe hiefür noch die **her. aditio** übrig hat, kommt für unsere Frage, bei der es sich nur um die Bedingungen des **Int. quor. bon.** handelt, gar nicht in Betracht.

Von einem noch früheren Gesetze, worin die Agnition für den heres aufgehoben sein sollte, ist nicht die geringste Spur, und ein solches voraussetzen, würde ganz ungerechtfertigte Willkür sein. Ueberhaupt steht aber jener angegebenen Interpretation, obgleich sie an und für sich möglich ist, eine andere als ganz gleichberechtigt gegenüber, wonach das et interdicti etc. nicht als eine Folgerung aus dem Bisherigen, sondern als ein selbständig daran geknüpfter Satz genommen wird. Die Kaiser sagen: wer eine prätorische oder civile Erbantretung vorgenommen hat, der soll sich darauf berufen dürfen, und wer das beneficium des Interdicts erworben hat, der soll es nicht verlieren. Hiebei noch auseinanderzusetzen, daß übrigens dies beneficium nur in Folge der Agnition dem heres erworben werde, darauf konnten die Kaiser, bei der kurzen Anreihung der einzelnen Sätze in der ganzen Stelle, nicht wohl kommen. —

Wir dürfen hiernach wohl den Schluß ziehen, daß in den Quellen sich gar keine Beweise für die fragliche Rechtsänderung finden. Und da sie nun schon in sich selbst für die damalige Zeit völlig unwahrscheinlich ist, so können wir das bisherige Recht unbedenklich auch als fortbestehend annehmen. Es kommt aber noch folgender Grund hinzu, der, wenn auch das Gesagte schon genügen würde, doch noch eine wichtige Bestärkung gewährt. In Justinians Compilation findet sich die Agnition entschieden als das absolute Erforderniß zur Anstellung des Interdictes [10]). Alles nun, was wir oben schon in anderer Beziehung gesagt haben, findet auch hier seinen Platz. (§. 139 zu Note 9). Justinian beruft sich in den Punkten der Agnition ganz auf das Recht seiner Vorfahren; was wir daher in seiner Compilation finden, kann nicht durch die Gesetzgebung der anteriores principes gerade umgekehrt aufgehoben worden sein.

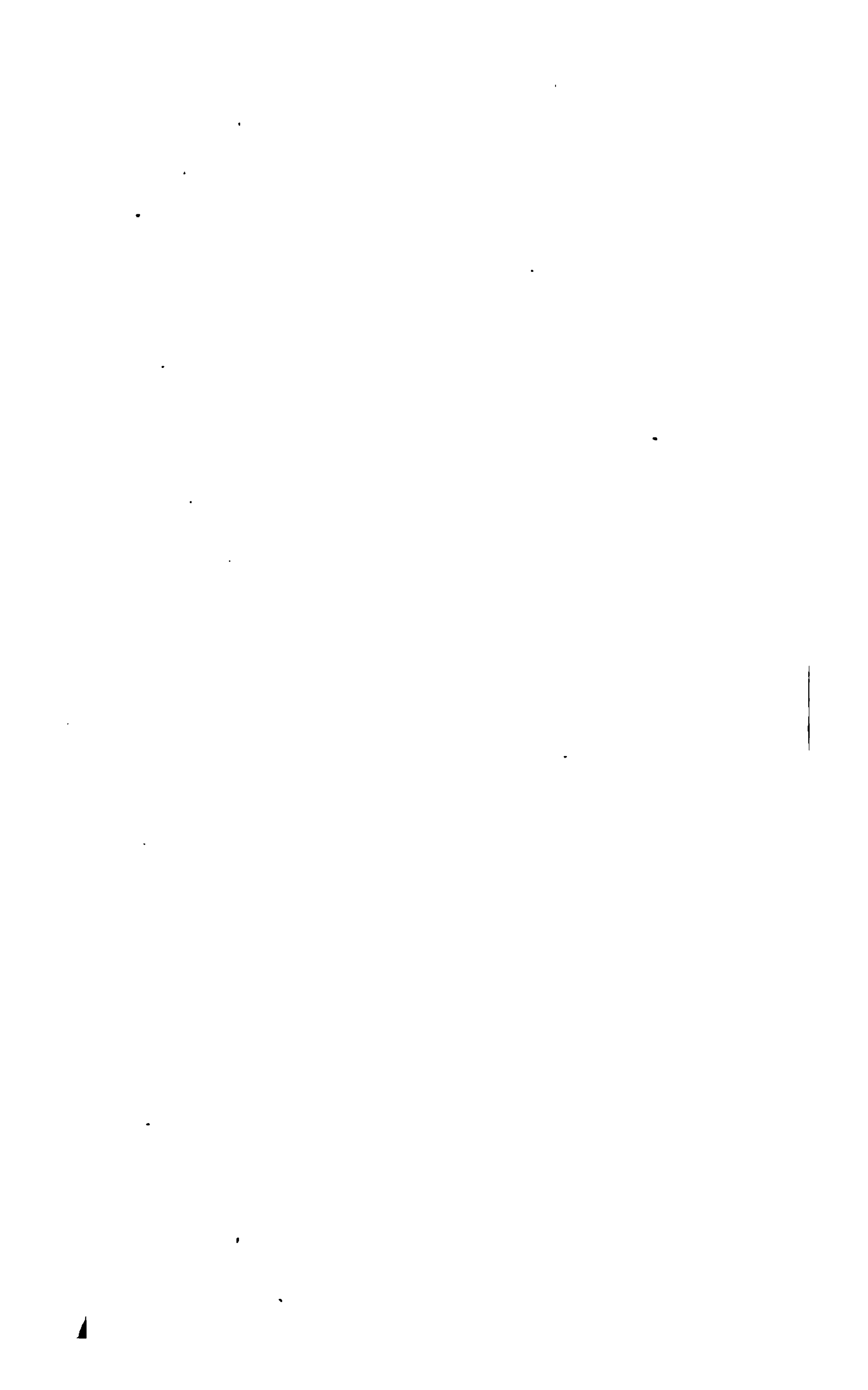
Ebensogut also wie wir oben es verwerfen mußten, daß die Agnition allgemein aufgehoben worden sei, so müssen wir hier ihre partielle Aufhebung für den heres läugnen. Der Rechtszustand blieb bis Justinian unverändert so, wie er im

10) Auch v. Löhr giebt dies zu. Archiv XII. S. 99. — Ebendeshalb ist es aber auch unmöglich, daß in jene l. 1 C. quor. bon. Etwas durch Interpolation hätte eingefügt werden können, was geradezu gegen Justinians Willen ist (s. oben Note 5).

Anfang dieses §. geschildert worden ist; womit aber freilich nicht gesagt werden soll, daß er nicht sehr wohl einer Verbesserung bedurfte. Wie dieser Gegenstand in der Westgothischen Compilation behandelt worden ist, haben wir schon kennen lernen, wie er sich aber in der Justinianeischen gestaltet habe, das muß nun in dem folgenden Buche der Gegenstand unserer Betrachtung werden.

Viertes Buch.

Die bonorum possessio in der Justinianeischen Compilation.



Viertes Buch.

Die bonorum possessio in der Justinianeischen Compilation.

Erstes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze.

§. 149. Aus den Zeiten einer wenig überlegten und bewußten Rechtsfortbildung gehen wir jetzt zu dem Rechtsbuche über, in dem das Material des Römischen Rechts zusammengeordnet wurde, um in einer für den damaligen Rechtszustand handlicheren Form den Bedürfnissen der Praxis genügen zu können. Viele Lehren sind dabei auch innerlich von Justinian wesentlich umgestaltet worden, es waren manche Ueberreste früherer jetzt nicht mehr passender Institute auszumerzen, manche bisher von einander getrennte Lehren zusammenzuschmelzen, und es kann nicht geläugnet werden, daß die Justinianeischen Arbeiter dabei im Durchschnitt ein richtiger Takt geleitet hat. Die Verschmelzung des quiritischen Eigenthums und des **in bonis**, der Legate und Fideicommisse, der **usucapio** und **longi temporis praescriptio** kann man nicht anders als passend nennen.

Es ist bekannt, daß die **hereditas** und **bonorum possessio**, die doch nach den Entwickelungen des vorigen Buches schon sehr nahe bei einanderstanden, eine solche von Justinian klar ausgesprochene Zusammenschmelzung, wie sie jenen Lehren zu Theil ward, nicht erfahren haben. Eine z. B. der **l. un. C. de usucap. transform.** ähnliche Constitution suchen wir vergebens, und daß sie uns verloren gegangen sei, daran ist nicht zu denken. Es nützt auch nicht viel, nach Gründen zu

suchen, weßhalb Justinian die so nahe liegende völlige Verschmelzung beider Institute nicht deutlich proclamirt hat. Ob die Eilfertigkeit der Compilation, oder das Zurückschreckende der dadurch nöthig gemachten Interpolationen, oder endlich absichtliches aber nicht zu lobendes Festhalten am Alten daran Schuld, genug es ist nicht geschehen, was freilich hätte geschehen können.

Für die Lehre von der **bonorum possessio** in ihrem Gegensatz zur **hereditas** ist also in den Justinianeischen Rechtsbüchern die Compilation der bisherigen Quellen durchaus das vorherrschende Element; das eigene Eingreifen des Kaisers durch ausdrücklich erklärte Veränderungen erscheint dagegen als sehr unbedeutend. Wir sind dadurch in die Möglichkeit versetzt, bei weitem klarer als in vielen anderen Lehren uns die Rechtszustände der früheren Zeiten zur Anschauung zu bringen, aber wir sind auch ganz besonders hiezu verpflichtet, um für die Frage, was Justinian mit dem ganzen System der **bonorum possessio** zu seiner Zeit wollte und wollen konnte, sichere Antworten zu gewinnen. Von ganz besonderer Wichtigkeit ist uns vorzugsweise der Rechtszustand der vorhergehenden Kaiserzeit, denn da Justinian hauptsächlich nur die bisherigen Quellen sammelt, so muß er doch offenbar sich unmittelbar an das bisherige Recht haben anschließen wollen, und so habe ich es denn für unerläßlich gehalten, diese vorhergehende Kaiserzeit so genau als möglich zu untersuchen. Wir werden sehen, daß dadurch der Zustand der Justinianeischen Compilation in vielen Punkten sehr leicht und mit wenig Worten erklärt werden kann.

Indessen ist bei dieser Gestalt, welche unsere Lehre im **Corpus Juris** uns darbietet, bei der vorherrschend hervortretenden Sammlung des bisherigen Rechtes dennoch eine doppelte Möglichkeit des von Justinian Gewollten vorhanden. Er kann in der That ganz bei dem schon in der Kaiserzeit vorhandenen Rechte haben stehen bleiben wollen, nur mit den geringen Aenderungen, über die er sich ausdrücklich ausspricht. Er kann doch aber auch noch etwas ganz Anderes beabsichtigt haben. Es handelt sich hier um das System der **b. p.** als ein in sich zusammenhängendes geschlossenes und der **hereditas** gegenüberstehendes Ganzes. Das ist es, so sehr es sich auch der **hereditas** genährt hat, vor Justinian noch immer geblieben. Nun ist es

möglich, daß Justinian dieses geschlossene System der b. p. hat lösen wollen, daß er es für unnöthig hielt darüber eine eigene Constitution zu erlassen, und vielmehr durch Zusammenstellung einzelner Theile der b. p. mit den gleichartigen Lehren der **hereditas**, durch Titelüberschriften, durch Auslassungen, und durch die Worte der alten Juristen, die er offenbar in einem anderen Sinn genommen wissen wollte, seine Absichten über die Bedeutung der b. p. genügend verständlich gemacht zu haben meinte, ohne noch besonders das Wort darüber ergreifen zu brauchen.

Welche von diesen beiden möglichen Annahmen die richtige ist, haben wir nun im Einzelnen zu prüfen, aber es wird schon aus dem Gesagten einleuchten, auf wie schwankendem unsicheren Boden wir bei der ganzen Untersuchung stehen. Da wir so wenig Justinians eigene Worte zu interpretiren haben, und dennoch seinen Willen uns reconstruiren wollen, so sind jene Mittel, die wir dazu benutzen müssen, die Anordnungen der Lehren, die Weglassungen u. s. w. sehr schwache Haltpunkte, die einer Reihe von Zweifeln ungehinderten Spielraum lassen. Vielfach hat man allerdings Gründe, zu meinen, Justinian sei von dem bisherigen Rechte abgegangen, und dann stehen doch wieder solche Argumente entgegen, daß man kaum die Möglichkeit einer einfachen Lösung sieht, und leicht versucht werden kann, mit der Annahme sich zu beruhigen, Justinians Arbeiter hätten hier wohl selbst in Widersprüchen sich gedreht, und seien zu einer klaren Ansicht über die Stellung der **bonor. poss.**, der **hereditas** gegenüber, gar nicht durchgedrungen. Ein Resultat, das, wenn auch möglich, doch das am Wenigsten wünschenswerthe wäre, dem man, so lange als man irgend kann, sich gerne zu entwinden strebt. Es ist daher kein Theil des vorliegenden Werks, in dem ich über die zu fassenden Ansichten mehr und länger gezweifelt hätte, und es ist nur das dabei erfreulich, daß, was in diesem Buche etwa noch Schwankendes zurückbleibt, jedenfalls durch die Rechtsentwickelungen, auf die wir in dem folgenden Buche einzugehen haben, ausgeglichen und sicher gestellt wird. —

Ich muß aber gleich hier im Eingange hervorheben, daß wir zur Feststellung des Justinianeischen Rechtes allerdings mehr

Hülfsquellen besitzen, als man bei diesen überhaupt sehr vernachlässigten Fragen bisher benutzt hat. Einestheils ist es unsere Pflicht, nicht bloß aus den Theilen des Corpus Juris zu schöpfen, in welchem Justinian die Sammlung des bisherigen Rechtes unternahm, also aus Institutionen, Digesten und Codex. Wir müssen damit zusammenhalten, wie Justinian, nachdem er in diesen drei Werken die früheren Rechtsquellen zusammengeordnet hat, dann in der Gesammtheit der Novellen die Grund-Begriffe des Erbrechts uns vor Augen führt. Die Novellen sind für uns nicht bloß in der Weise wichtig, daß wir daraus einzelne Abänderungen der früheren Rechtsbücher erkennen, sondern ebensosehr in dem, was sie gerade umgekehrt nicht ändern wollen, da offenbar, was Justinian hier als feststehend voraussetzt, in den vorangegangenen Rechtsbüchern seinen Grund haben muß. So werden uns, da in letzteren gerade Justinians eigene Worte uns so sehr mangeln, die Novellen ein wichtiges Hülfsmittel sein, *um den Sinn* zu ermitteln, in welchem er die bon. poss. den *Pandekten* und dem Codex einverleibte. Ein anderes nicht zu verschmähendes Hülfsmittel zu einer lebendigen Anschauung des Justinianeischen Rechtes sind nicht so sehr die Basiliken, als vielmehr die Basilikenscholiasten. Ich bin weit entfernt, denselben ein übermäßiges Gewicht beilegen zu wollen, aber Folgendes wird doch der Unparteiische mir nicht abläugnen. Ich spreche hier nicht von der Bedeutung, welche sie für die Textes-Critik des Corpus Juris haben, sondern von ihren Expositionen über das damalige practische Recht. Diese beweisen nun freilich nicht direct Justinians eigene Absicht, aber sie haben doch wahrlich einen bedeutenderen Werth, als die Ansicht irgend eines anderen, den Justinianeischen Zeiten fern stehenden Interpreten. Es sind hier hauptsächlich vier Namen zu nennen, die in der Folge öfter werden erwähnt werden. Thaleläus und sein Commentar über den Codex steht Justinian am nächsten, Theodorus Hermopolitanus, dessen Codex-Commentar und Breviarium der Novellen beide für uns von Wichtigkeit sind, lebte wenigstens noch in demselben sechsten Jahrhundert, in dessen Mitte Justinians Regierung fällt. Stephanus, dessen weitläufigen Pandektencommentar wir noch in vielen einzelnen Scholien wiedererkennen, war

der unmittelbare Schüler der Justinianeischen Juristen, und scheint durch diese sogar einzelne, wenn auch dürftige, aber mit andern ganz sicheren Nachrichten auffallend übereinstimmende Notizen vom vorjustinianeischen Rechte erhalten zu haben [1]). Der Anonymus endlich, dessen Pandektencommentar und dessen Buch περὶ ἐναντιοφανιῶν für uns in Betracht kommen, ist freilich später als Stephanus, aber seine vielfachen Zusammenstellungen des scheinbar sich Widersprechenden zeigen doch, daß er nicht fremd im Verständniß des Corpus juris war. Bei allen diesen Scholiasten läßt sich aus den Parallelstellen, die sie anführen, eine recht tüchtige Belesenheit in den Quellen wahrnehmen, und ich muß gestehen, daß ihre Expositionen, wenn gleich sie freilich von einer geistvollen und wahrhaft wissenschaftlichen Behandlung des Rechts unendlich weit entfernt sind, dennoch auf mich den Eindruck eines viel gesunderen Sinnes gemacht haben, als eine große Zahl breiter und ganz verdrehter Darstellungen, welche von geachteten Namen des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts zu Tage gefördert wurden. Vergessen wir aber namentlich rücksichtlich der Bedeutung dieser Scholiasten Folgendes nicht. Wenn wir eigene Gesetze Justinians vor uns haben, die wir selbst nach ihrem wahren Sinne interpretiren können, so müssen dagegen freilich die Erklärungen der Scholiasten weit mehr zurücktreten. Wo solche aber, wie in der b. p., fehlen, und es sich hauptsächlich nur darum handelt, in welchem Sinne Justinian das bisherige Recht recipirt habe, da tritt es mit viel mehr Bedeutung hervor, wenn wir wissen, wie die gleich folgende Zeit das Institut aufgefaßt hat. Gerade weil wir den Gesetzgeber nicht unmittelbar thätig durch Erlassung von Gesetzen eingreifen sehen, so liegt doch die Annahme

1) Es ist oben §. 79 Note 7 schon eine solche Stelle eines Scholiums, das wir wohl dem Stephanus zuschreiben dürfen, mitgetheilt worden. Eine andere ganz unläugbar richtige Erklärung der alten b. p. sine re wird in der Folge vorkommen. Ferner ist auch wohl die Erzählung über die Veranlassung des sg. SC. Juventianum (ad Bas. XLII. 1. l. 20. Heimb. IV. p. 209) keine aus der Luft gegriffene, und aus Justinianischen Quellen ist sie doch, so viel ich weiß, nicht zu entnehmen. Zachariä von Lingenthal (Richtersche Jahrb. XI. Bd. 1842 S. 485) spricht dem Stephanus alle Kenntniß des vorjustinianeischen Rechtes ab.

am Nächsten, daß er mit den Ansichten seiner Zeit, (also namentlich der damaligen Juristen) übereingestimmt haben werde, und in diesen Ansichten kann wahrlich bis zu den Scholiasten, die wir besitzen, noch keine große Veränderung eingetreten sein. So werden wir denn in vielen einzelnen Punkten es bestätigt finden, daß das, was sie sagen, ganz offenbar Justinians eigene Absicht war, und dies berechtigt uns auch in anderen Punkten, wo Justinians Wille nicht so klar zu ersehen ist, ihnen zu trauen. Freilich dürfen wir dabei die vorsichtige Prüfung nie außer Augen setzen, wir dürfen nie den Scholiasten folgen, wo die Justinianeische Compilation Gegengründe an die Hand giebt, und so werden wir auch namentlich in einem wichtigen Punkte, wo wir fester, als in anderen, auf Justinians eigene Worte fußen können, die Ansicht der Scholiasten für späteren Irrthum erklären müssen.

Nach diesen Vorbemerkungen über die Grundsätze, nach denen sich unsere Untersuchung zu richten hat, möge hier nur kurz die Anordnung des Folgenden angedeutet werden. Ich stelle in diesem ersten Kapitel die allgemeinen Principien, nach denen die bon. possessio in der Justinianeischen Compilation behandelt worden ist, zusammen. Es wird dabei stets das, was die Compilation uns darbietet, mit den Resultaten der vorhergehenden Kaiserzeit zusammengehalten, und daraus erklärt werden; und es soll dann immer auch eine Vergleichung mit den Ansichten der Scholiasten und die Untersuchung, ob sie mit dem vermuthlichen Willen Justinians übereinstimmen oder nicht, ihren Platz finden. In dem zweiten Kapitel haben wir genauer auf die Reception der einzelnen Theile der b. p. einzugehen.

I. Begriff der bonor. poss. unter Justinian.

§. 150. Es bedarf wohl keiner weitläuftigen Beweisführung, daß Justinian durchaus an dem Begriff der bon. poss. festhält, wie er sich in der Kaiserzeit entwickelt hatte, d. h. das Prätorische Recht ist ebenso wie das Civilerbrecht eine *definitive* Universalsuccession. Die Bedeutung des *Fingirten* in der b. p. hatte sich ganz verloren, es war ebenso directes Erbrecht

geworden wie das Civilrecht, nur daß Beide noch verschiedenen Regeln der Delation und Acquisition unterworfen waren, und deßhalb troß der Gleichheit des Begriffs nichts desto weniger nicht zusammenfielen. In der klassischen Juristenzeit war in der That zwischen **hereditas** und **bonorum possessio** der Unterschied, wie es die Worte Erbe und Besißer des Erbrechts mit sich führen. Zu Justinians Zeit ist zwischen Beiden kein anderer Unterschied, als es die Worte Civil= und Prätorischer Erbe anzeigen. Die Bezeichnung Erbe, und alle darin liegenden Befugnisse der definitiven Universalsuccession, gelten für Beide ganz gleichmäßig. Beide erhalten das wahre **dominium** an den Erbschaftssachen, treten mit ganz gleichen Rechten und Pflichten in die **activa** und **passiva** der Erbschaft ein. Vom Justinianeischen Standpunkte aus ist daher **fr. 1 de b. p.** ganz wortgetreu zu nehmen: **bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit; nam haec omnia bonis sunt conjuncta.** Dies **tribuere** ist nicht bloß ein Verleihen zur Ausübung, sondern eine Verleihung des vollen Rechtes, und so haben wir die Worte des **fr. 2 eod: in omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur** ganz in dem Sinne zu nehmen: „die Berechtigungen derer, welche die **hereditas** und die **bon. possessio** erworben haben, stehen sich völlig gleich“.

So stellen es denn auch die Basilikenscholiasten dar. Sie nennen den **bonorum possessor**: *πραιτώριος διάδοχος;* und *διαδοχή* hat gerade jenen Mittelsinn, wie das Lateinische: **successio**, welches im Sinn von definitiver Universalsuccession die **hereditas** (*κληρονομία*) und **bonorum possessio** (*διακατοχή*) in sich faßt. Die Scholiasten berufen sich insbesondere, um zu beweisen, daß **hereditas** und **bonorum possessio** auf ganz gleicher Stufe stehen, auf jene bekannten Stellen in den beiden letzten Pandektentiteln (**fr. 119. 138. 170. 178 § 1. 208. de verb. sign. fr. 117 de regul. jur.**), sie drücken sich so aus: der **bonorum possessor** sei eigentlich kein **heres** (d. h. kein Civilerbe), aber in anderen Stellen werde doch die **bonorum possessio** auch wirklich **hereditas** genannt. Und darin

liegt denn die stillschweigende Folgerung, daß beide in Beziehung auf die Berechtigung sich völlig gleich stehen [1]).

II. Ausmerzung der bon. poss. sine re.

§. 151. Da schon in der Kaiserzeit die b. p. sine re ganz hinweggefallen war, so verstand es sich von selbst, daß bei der Compilation der klassischen Juristen in den Pandekten die Spur derselben ganz verwischt werden mußte. Ich glaube nach den Beweisführungen des vorigen Buches mich hier nicht weiter darauf einlassen zu brauchen, daß nicht erst Justinian durch diese Exstirpirung der b. p. sine re dieselbe aus dem praktischen Leben getilgt hat [1]), sondern daß er nur aus den praktisch anwendbaren Rechtsquellen das strich, was schon Jahrhun-

1) Ich werde in der Folge, wo die Griechischen Worte nicht von besonderem Interesse sind, die Basilikenscholiasten in der Heimbachschen lateinischen Uebersetzung mittheilen. Man sehe: Schol. *ad Basil.* XL. 1. l. 2 (Heimb. IV. p. 50): Praetorius enim successor *non dicitur* esse ex heredibus, ut in textu tit. 9 lib. 3 Institutionum. In cap. autem 138 et 170 tit. 16 lib. 50 etiam bon. poss. hereditatem appellat. Similiter autem his, quae hic posita sunt, dig. 116 tit. 17. tit. 50. — Schol. ad Bas. XLII. 1. l. 11. (Heimb. IV. p. 193.): Anonymus. Bonorum possessor est praetorius successor, hoc est, qui bon. poss. petit. Nam vice heredis est, ut lib. 37 tit. 1. dig. 2. Proprie heres tantum est, qui ex lege XII. tabularum vel constitutione vel Scto vocatur. Qui autem a Praetore vocatur, bonorum possessor dicitur, ut in textu tit. 9. lib. 3. Institutionum. — Schol. ad Bas. XLII. 1. l. 20 (Heimb. IV. p. 210). Stephanus (?). bonorum possessores, id est, praetorios successores. — Schol. ad B. XLII. 1. l. 50 (H. IV. p. 233.) Anonymus. Tam bonorum possessionis quam hereditatis nomen juris est, ut lib. 37. tit. 1. dig. 3. et lib. 50. tit 16. dig. 119. 178 them. 2. (muß heißen 1.) et dig. 208. — Schol. ad B. XLII. 3. l. 2. (H. IV. p. 252.) *Κληρονόμος ἐστὶν ὁ κατὰ τὸν δυωδεκάδελτον, ἢ ἕτερόν τινα νόμον, ἢ τὰς διατάξεις· βονόρουμ ποσσέσσωρ ὁ κατὰ τὸν πραίτωρα.* Es fehlt hier ganz das Substantiv, das aber offenbar für Beide dasselbe, nämlich *διάδοχος*, sein soll. — Corrupt ist wohl Schol. ad B. XLV. 1. l. 14. (H. IV. p. 475.) *καὶ ἡ διακατοχὴ* (Heimbach setzt mit Recht statt dessen *διαδοχὴ*) *γάρ αὐτοῦ κληρονομία εἶναι πιστεύεται.*

1) So nimmt es Hugo R. G. S. 607. u. 1128, und so wird es auch wohl die Mehrzahl der heutigen Schriftsteller meinen, obgleich von

derte lang, als ein veraltetes Institut, in den Schriften der Römischen Juristen ein überflüssiger Gegenstand war. Wir haben hier nur noch zu erwähnen, was trotz der beabsichtigten Streichung dieser Lehre, die, als sie noch galt, die ganze b. p. zu einem so wesentlich andern Institute machte, wie sie später war, dennoch als ein übersehener Ueberrest derselben in der Justinianeischen Compilation sich noch vorfindet. Daß man in den Pandekten Ausdrücke stehen ließ, die auf die b. p. cum re deuten, kann uns freilich nicht wundern, und noch weniger für ein Versehen erklärt werden, denn was man früher b. p. cum re nannte, war ja eben der noch gültige Theil der b. p., und so stört es nicht im Mindesten, wenn wir in einzelnen Stellen die Ausdrücke rem obtinebit, res possessori concedenda est lesen [2]). Aber jene eigenthümliche b. p. sine re, die durch Prätorisches imperium hingestellte Repräsentation des heres, die bis zum Auftreten desselben mit der her. pet. nach allen Seiten hin eine wirksame interimistische Universalsuccession war, diese gab es nicht mehr, und es können alle Spuren derselben in der Justinianeischen Compilation nur für Versehen erklärt werden. Diese hervorzuheben ist von besonderem Interesse, es sind, so viel ich zu sehen vermocht habe [2a]), folgende drei:

1) Von dem ersten Punkte ist schon oben theilweise die Rede gewesen [3]). In fr. 95 §. 8 de solut. heißt es:

> Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit, et tantum ad eum pervenit, quantum, si quilibet alius bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem, non potest dici fidejussorem liberari; neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo evincitur hereditas.

Der Sinn der Stelle ist einfach. Der Jurist denkt sich einen

---

der so wichtigen Frage, wann die b. p. sine re verschwunden sei, wenig die Rede ist.

2) Hugo führt einzelne hiehergehörige Stellen an. R. G. S. 611 Note 7. s. ferner fr. 5 pr. de b. p. sec. tab. und oben §. 76 Note 10. §. 103 Note 7 — l. 25 C. de inoff. test. gehört nicht hieher. s. §. 127 Note 9a.

2a) Man hat sich bisher nicht die Mühe gegeben, danach zu forschen.

3) §. 147. Note 1 u. 2.

evincirenden heres, und fragt, ob der Creditor aus der Erbschaft, die er selbst besitzt, sich bezahlt machen könne. Er verneint dies, wogegen er sagt, wenn der Besitzer der Erbschaft ein Anderer, und zwar ein bonorum possessor sei, so liberire dieser den heres, wenn er den Creditor bezahle.

Dieser Satz ist für die alte b. p. sine re vollkommen natürlich, er ergiebt sich aus der interimistischen Repräsentation, die der Prätor bei der b. p. gerade vorzugsweise beabsichtigte. Dagegen bei einem sonstigen Erbschaftsbesitzer, auch dem bonae fidei possessor, konnte man, wie dies die schon oben angeführten Stellen ergeben, denselben Satz nicht gelten lassen. Den Grund davon hebt fr. 31 pr. de her. pet. hervor: Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso jure non liberaverit petitorem hereditatis; nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. Der possessor hereditatis also *zahlt in eigenem* Namen aus, während der bon. possessor doch *immer* denken muß, daß ein heres ihm die Erbschaft abfordern könne, *und* er in dessen Namen die Erbschaft regulire. Freilich wird es nun auch beim possessor hereditatis praktisch auf dasselbe Resultat zurückgeführt, er kann die Zahlung dem heres anrechnen, aber dies geschieht nur durch Umwege, wie aus fr. 31. cit. weiter zu ersehen ist, während der bon. possessor ipso jure den heres liberirt hatte, und es sich also ganz von selbst versteht, daß er das Gezahlte berechnen kann.

Daß nun in die Justinianeische Compilation und im heutigen Recht nur die vom possessor hereditatis handelnden Stellen passen, braucht wohl nicht weiter ausgeführt zu werden. Eben so läßt es sich auch wohl kaum rechtfertigen, daß man das oben schon erklärte fr. 26 §. 11 de cond. ind. aufgenommen hat, indem die Argumentation, auf der es ruht, nicht mehr zulässig ist. Es handelt sich hier von dem umgekehrten Falle, wenn nämlich dem bonorum possessor gezahlt wird, und die Entscheidung des Juristen stützt sich, wie ich oben bereits entwickelt habe, wesentlich auf die Voraussetzung, daß dadurch allerdings der debitor liberirt werde [4]); nur wenn der b. posses-

---

4) Es ist ja auch gar nicht anders möglich. Der bonorum possessor

vor nicht defendirt, so kann er, falls er will, sein debitum zurückfordern. Beim hereditatis possessor aber, mag er in bona oder mala fide sein, ist es anders; hier wird erst durch die Restitution des Gezahlten an den heres der debitor liberirt [5]), es kann also bis dahin, auch wenn er die hereditas defendirt, zurückgefordert werden. Dies Letztere ist nun wieder das Justinianeische Recht.

2) Eine zweite sehr interessante Spur der b. p. sine re ist in fr. 25 §. 2 de her. pet. enthalten. Bei Gelegenheit des praedo wird gesagt, es komme nicht bloß sein dolus praeteritus, sondern auch seine culpa in Betracht, und daran ist der offenbar in allgemeinerem Sinn zu nehmende Satz geknüpft:

> et ideo ab eo, qui ab alio non exegit, vel a semet ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse.

Es ist bekannt, daß diese Unterlassung der Eintreibung von Erbschaftsforderungen selbst dem praedo gar nicht allgemein zur Last gelegt wird, denn er hat ja keine Klage gegen Erbschaftsschuldner, und es wäre nur eine Erweiterung seiner malae fidei possessio gewesen, wenn er die Schuld eingetrieben hätte [6]). Nur wer eine Klage hat, und nun durch Nichtanstellung derselben in fahrlässiger Weise den Debitor liberirt werden läßt, nur der kann im Erbschaftsproceß dafür verantwortlich gemacht werden. Es leuchtet aber ein, daß unter diesen Gesichtspunkt ganz vornehmlich derjenige bonorum possessor zu stellen war, gegen den der heres die hereditatis petitio mit Erfolg anstellen kann, und daß also auch an diesen Ulpian bei jenen Worten besonders gedacht haben muß. Der bonorum possessor hat die fictitiae actiones, und wenn er nun

---

hatte, bis der heres ihm die Erbschaft abforderte, die fictitiae actiones, konnte also den Debitor sogar zur Zahlung zwingen, daher muß dieser doch auch, wenn er gezwungen oder gutwillig zahlt, liberirt worden sein.

5) fr. 31 §. 5 de her. pet.

6) fr. 31 §. 4 de her. pet. — Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari et pauperiores fieri, et non eos convenit, quum actionem non habuerit.

weiß, daß ein heres vorhanden ist, der ihm die Erbschaft abfordern kann, so ist er in culpa, wenn er den debitor nicht belangt, und dadurch dieser tempore liberirt wird.

Vergleichen wir nun, was der Basilikenscholiast (wahrscheinlich Stephanus) über diese Stelle sagt [7]):

> Hoc olim quidem tractabatur in bonorum possessione sine re (ἐπὶ τῆς σίνε ῥὲ διακατοχῆς), ubi possessor bonorum possessionem sine re petens hereditarias actiones intendere poterat.

Wir finden hier also nicht bloß die b. p. sine re erwähnt, sondern auch eine vollkommen richtige Charakteristik derselben. Der Scholiast trifft durchaus den Punkt, auf den es hier lediglich ankommt. Der Besitzer der Erbschaft muß eine Klage gegen den debitor haben, nur dann kann ihm die Unterlassung der Eintreibung als culpa zugerechnet werden. Zugleich aber zeigt die Stelle, daß man damals sich durchaus bewußt war, die b. p. sine re sei ein ganz unpraktisches Institut, und was sich in der Compilation darauf Bezügliches vorfinde, müsse jetzt auf etwas Anderes bezogen werden. Der Scholiast fährt nämlich folgendermaßen fort:

> Hodie vero dicas, hoc nos intelligere de eo, cui et sine mandato agere licet, de quo didicisti titulo de procuratoribus partis primae Digestorum, dig. 35, vel de eo, qui hereditatem defendit, id est, qui satisdedit judicatum solvi: tunc enim actiones hereditarias, quae temporales essent, intendere poterat, et quum eas intendere posset, merito ei imputatur, cur eas non intenderit.

Ich kann hier nicht weiter darauf eingehen, in wie weit diese beiden Erklärungen passend substituirt seien.

3) Die dritte Hindeutung auf die b. p. sine re ist in fr. 11 pr. de her. pet. aufbewahrt. Man nannte in der Kaiserzeit nur den noch bonorum possessor, welcher nach früherer Ausdrucksweise b. p. cum re hat, oder, wie man jetzt sagte,

7) Schol. ad Basil. XLII. 1. l. 25. (Heimb. IV. p. 217. Nr. 5). — Hiernach ist also zu berichtigen, was Hugo R. G. S. 611 in Uebereinstimmung mit Wiener bemerkt, daß in den Scholien die b. p. sine re nicht vorkomme.

den **praetorius successor**, d. h. den, welcher, weil ihm kein Anderer vorsteht, definitives Erbrecht hat. Also man durfte nicht mehr sagen, die **her. petitio** könne gegen den **bonorum possessor** geltend gemacht werden. Denn dann denkt man sich doch den, welcher die Klage anstellt, als den zur Erbschaft Nächstberechtigten, mithin kann nun der Beklagte nicht ein wahrer **bonorum possessor** heißen, sondern höchstens einer, der sich fälschlich für den **praetorius successor** hält, und auch allenfalls nach vorgängiger Agnition schon mit dem **Int. quor. bon.** gesiegt hat. Nichtsdestoweniger steht in der angeführten Stelle:

> **Pro herede possidet** (also gegen ihn geht die **her. pet.**), **qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo jure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.**

Es unterliegt keinem Zweifel, wie zu Ulpians Zeiten dies zu verstehen war. Ein **b. possessor**, dem der **heres** die Erbschaft evinciren kann, ist eben ein **bon. possessor sine re**, aber er gehört zu den **pro herede possessores**, obgleich, wenn er weiß, daß ein **heres** vor ihm steht, er auch zugleich weiß, daß er selbst nicht **heres** ist (s. Bd. I. S. 231. Note 8 u. 9). Von Justinians Standpunkt aber ist die Stelle offenbar anders zu verstehen, es geht die **her. pet.** nur noch gegen den **qui putat se bonorum possessorem** oder **praetorium successorem esse**, d. h. die **successionis vindicatio** des Nächstberechtigten (der ja ein **successor ex jure civili** oder **praetorio** sein kann) geht gegen alle Besitzer, welche sich (und zwar irrthümlich) entweder auf Civilrecht oder Prätorisches Recht stützen (**qui putant se heredes vel bon. possessores esse**), deren Antretung aber (**her. aditio** oder **b. p. agnitio**) wegen des vor ihnen Stehenden gar keine Bedeutung hat, als höchstens daß sie, wenn die Wahrscheinlichkeit anfangs für sie sprach, provisorisch mit dem **Int. quor. bon.** hatten siegen können.

Die Richtigkeit dieser **duplex interpretatio** folgt, wie mir scheint, mit Nothwendigkeit aus den Darstellungen des

Beziehung auf die daraus fließende definitive Erbberechtigung durchaus zusammengeschmolzen. Wir gelangen jetzt aber zu zwei anderen Fragen, für deren Beantwortung sich vielerlei Zweifel erheben. Ist auch rücksichtlich der Antretung selbst und der Möglichkeit derselben (d. h. der Delation) das civile und Prätorische Recht ganz gleich gestellt worden? Und welche Voraussetzungen bestehen in der Justinianeischen Compilation für die Geltendmachung der provisorischen Rechtsmittel auf Besitz der corpora hereditaria, welche, als Ueberrest des in der alten b. p. liegenden possessorischen Elementes, die spätere Kaiserzeit sich in der missio Hadriana und dem Int. quor. bon. bewahrt hatte?

Der Zustand der Quellen, die für diese beiden Fragen in Betracht kommen, bringt es mit sich, daß wir ihre Untersuchung in Eins verbinden, und es muß als Einleitung für das Justinianeische Recht hier nochmals kurz zusammengestellt werden, was wir als das Recht der Vorjustinianeischen Kaiserzeit erkannt haben.

Die Antretungsform des Civilrechts (her. aditio) und die des Prätorischen (bonorum possessionis agnitio) hatten sich freilich sehr genähert, aber völlig ausgeglichen wurden sie doch nicht. Es war immer der Unterschied, daß Letztere eine Erklärung vor dem Richter sei, während dies bei den Ersteren freilich häufig, aber doch nicht nöthig war. So blieb denn auch die Berufung getrennt, die der b. p. geschieht innerhalb einer bestimmten Frist, welche von da an läuft, wo eine etwa vorhergehende Klasse weggefallen ist. Und wenn es auch mit Einhaltung dieser Frist nicht streng genommen wurde, und man jedenfalls auch schon vor dem Wegfallen der vorhergehenden Klasse agnosciren konnte, so war doch eben die allgemeine Regel, daß der Berufene in einer bestimmten Frist stehe, und daß in diesen Fristen den Erbklassen nach einer bestimmten Reihenfolge deferirt werde (successorium edictum), noch immer vorhanden. Wen aber nicht bloß der Prätor, sondern auch das Civilrecht rief, der konnte durch Zeitablauf freilich vom Prätorischen, nicht aber vom Civilrechte (als höchstens durch das spatium deliberandi) ausgeschlossen werden, ja auch wenn er ohne anzutreten wegfiel, fand gar nicht immer eine neue civilrecht-

liche Berufung Statt. Es wurde also beim Vorhandensein eines näheren Civilerben nur nach Prätorischem Rechte weiter deferirt, aber die Agnition der folgenden Klasse gewährte nur Erbrecht, wenn die Adition des Civilerben ganz unterblieb, und abgesehen davon konnte sie höchstens die Folge haben, daß der später Stehende einstweilen in den Besitz der **corpora hereditaria** kam.

Für dies Recht aber auf provisorischen Besitz der **corpora hereditaria**, die schon von Anderen ergriffen worden waren, bestand allgemein die Pflicht, daß man den Richter in bestimmter Frist angehen müsse. Der testamentarische Erbe mußte in einem Jahre die **missio Hadriana** erbitten, alle übrigen Klassen bedurften zur Geltendmachung des Interdicts der Agnition in der Prätorischen Frist. Mit Ablauf dieser Frist war den rein Prätorischen Klassen auch überhaupt ihr petitorisches Erbrecht entzogen, während die auch vom Civilrecht gerufenen Klassen nur das provisorische Rechtsmittel verloren. War aber aus irgend einer Klasse Jemand provisorisch in den Besitz gesetzt, so konnten dann Andere, die Ansprüche auf die Erbschaft machten, nur noch mit der **successionis vindicatio** auftreten [1]). —

1) Man könnte aus der Erlaubniß **inter alienas vices** zu agnosciren für das Interdict Folgendes ableiten wollen. Es habe nun alsbald eine ganz späte Klasse (z. B. **vir et uxor**) b. p. erbitten, und dann auch sogleich, wenn frühere Erbberechtigte vorhanden aber noch nicht aufgetreten waren, gegen dritte Besitzer mit dem Interdict siegen, dadurch aber doch auf die Erbberechtigten der früheren Klasse die Einwirkung äußern können, daß diesen (weil mehrfache possessorische Processe hintereinander nicht möglich sind §. 147 Note 4) das Interdict entzogen wäre, und nur noch die **her. pet.** übrig bliebe. Dies würde aber ganz unrichtig sein. Die Agnition **inter alienas vices** heißt nur, daß man seine Antretungshandlung im Voraus vornehmen, nicht aber daß man den vorhergehenden Klassen dadurch ihr Recht entziehen kann, denn das **successorium edictum** ist dabei vollkommen bestehen geblieben. Jene Agnition **inter alienas vices** hat nur Bedeutung, wenn nicht hinterdrein eine näherstehende Klasse in der für sie laufenden Frist agnoscirt hat. Also in Folge der verfrühten Agnition kann das Interdict erst angestellt werden, wenn die vorhergehenden Fristen auch wirklich abgelaufen sind, oder man beweist, daß in den vorhergehenden Klassen Niemand vorhanden sei. Dieser Beweis ist also mit anderen Worten vom Acte der Agnition,

Stellen wir diesem nun gleich die unzweifelhaften Grundelemente gegenüber, welche für unsere beiden Fragen das Justinianeische Recht uns darbietet.

1) Die hereditatis aditio ist von Justinian in der Gestalt des späteren Kaiserrechtes recipirt worden. Es ist eine in keine bestimmte Zeit eingeschlossene Handlung, die der Gegenwart des Richters nicht nothwendig bedarf. Die Titel der Digesten de acquir. vel om. hered. und des Codex de jure deliberandi et de adeunda vel acq. her. zeigen dies schon zur Genüge, und die eigene Gesammtdarstellung Justinians in §. 5 ff. I. de hered. qual. et differentia läßt darüber keinen Zweifel. Ebensowenig ist es aber auch einem Bedenken unterworfen, daß er die Delationsregeln der b. p., wie sie das successorium edictum enthält, sowie die Fristen und die Agnitionsform der späteren Kaiserzeit recipirt. Die Titel der Pandekten de success. edicto, des Codex qui admitti ad b. p., und die eigenen Worte Justinians in §. 8 u. ff. I. de bon. poss. bürgen dafür.

2) Daß Justinian auch die Mittel einer provisorischen Besitzergreifung der corpora hereditaria, so wie sie in der Kaiserzeit bestanden, aufnehmen wollte, hat die bei Weitem überwiegenden Gründe für sich. Die missio Hadriana hat er durch ein eigenes Gesetz genauer regulirt, und daß er auch das Int. quor. bon. bestehen lassen wollte, zeigt die Aufnahme mehrerer Digesten- und Codexstellen, nach welchen es denn auch nicht zweifelhaft ist, daß die Agnition der b. p. die Vorbedingung des Interdictes blieb ²). Ferner will Justinian offenbar, daß auch jeder Civilerbe b. p. sec. tab., unde legitimi, und quibus ex legibus agnosciren könne, um an den Vortheilen der

---

wobei er früher geliefert werden mußte (Bd. I. S. 103), in den Interdictsproceß verlegt worden, wie das ja mit den übrigen Bescheinigungen, die dem Prätor zu liefern waren, auch geschehen ist.

²) fr. 1 pr. quor. bon. — Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est etc. l. 1 C. quor. bon. „non aliter possessor constitui poteris, quam si te — ad bonorum possessionem admissum probaveris.“ l. 2 C. eod. „recte petita bon. possessione.“ Theophilus ad I. de Interdict. §. 3.

Prätorischen Succession (und das ist ja gerade das Interdict) Theil zu nehmen [3]). —

Schon diese allgemeinen Sätze scheinen uns auf die Ansicht zu führen, daß Justinian in der Stellung der **bon. poss.** zur **hereditas**, wo nicht besondere Ausnahmen vorliegen, nichts vom bisherigen Rechte verändert habe. Daß er die **bon. poss.** überhaupt in die Compilation aufnahm, hat sie natürlich, wenn Justinians entgegengesetzter Wille nicht ersichtlich ist, keineswegs zu Civilrecht erhoben und der **hereditas** gleich gemacht. Es ist dies ebenso, als die oben schon im §. 118 besprochene Frage, ob durch die einzelnen bestätigenden Kaiserconstitutionen die **bon. poss.** den Charakter des Civilrechts erhalten hätte. Man kann dies immerhin zugestehen, denn es versteht sich von selbst, daß seit Justinian die Sätze des Prätorischen Erbrechts ganz dieselbe bindende Kraft haben sollten, als die des Civilrechts. Aber wenn nun Justinian für beide Systeme ganz unverändert die Regeln der Delation wie der Acquisition, durch die sie sich bisher geschieden hatten, recipirt, so ist es doch klar, daß die Reception in einem und demselben Rechtsbuche die Stellung beider Lehren gegeneinander gar nicht verändert hat, daß sie sich fernerhin in dem **Corpus juris** gerade so unterscheiden, wie sie früher unter dem Namen des civilen und Prätorischen Rechts einander gegenüber gestanden hatten.

Eine innere Verschmelzung beider Lehren könnte nur darin liegen, wenn Justinian sowohl die Klassen des civilen wie des Prätorischen Rechtes unter dieselben Regeln der Delation und Acquisition gestellt hätte; also wenn er für die Berufung aller Erbberechtigten entweder die Regeln des Civilrechts oder die des **successorium edictum**, für die Antretung entweder die **hereditatis aditio** oder die **bon. possessionis agnitio** allgemein gemacht hätte. Zu der inneren Einheit wäre es nöthig, daß Justinian sich ganz für die Delations- und Acquisitionsregeln des einen von beiden Systemen entschieden, und in Folge dessen die Spuren des anderen völlig vertilgt hätte. So schwer war das gar nicht durchzuführen, er brauchte (ganz mit Beibehaltung des Namens **bon. possessio** nur zu sagen, jeder

3) §. 1. 7. 10. I. de bon. poss.

bonorum possessor könne wie ein heres durch her. aditi oder pro herede gestio und ohne Einschränkung in eine bestimmte Frist die Erbschaft erwerben.

Statt daß wir aber einer diesem Gegenstande gewidmeten Constitution begegneten, finden wir nicht bloß, wie vorher bemerkt wurde, die Delations- und Acquisitionsregeln beider Systeme gleichmäßig anerkannt, sondern es scheint auch Justinian ganz absichtlich, da wo wir ihn selbst sprechen hören, nämlich in den Institutionen, beide Systeme von einander zu trennen. Er sagt im §. 7. I. de her. qual. et differ.

> Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri.

Es sind hier gerade die beiden Klassen des damaligen Erbrechts hervorgehoben, welche dem Civilrecht *angehörten*, und so scheint denn auch das argumentum a contrario *zulässig*, daß für die übrigen Klassen, welche Prätorischen Ursprungs *waren*, (die b. p. contra tab., unde liberi, unde cognati und unde vir et uxor), die angegebenen Grundsätze der her. aditio und pro herede gestio nicht gelten sollten.

§. 154. Die im vorigen § angeführten Gründe scheinen allerdings Gewicht zu haben, und so erklärt es sich, daß die Bearbeiter des Röm. Rechts von jeher und bis in die neuesten Zeiten vorherrschend der Ansicht beigetreten sind, die bon. possessio finde sich in Institutionen, Pandekten uud Codex als ein geschlossenes der hereditas gegenüberstehendes Ganzes. Wer in einer Prätorischen Erbklasse gerufen sei, müsse, um Erbe zu werden, nothwendiger Weise b. p. agnosciren, (s. g. bon. poss. necessaria) und dieser Satz trete nur deßhalb so sehr zurück, weil Justinian in der Novellengesetzgebung die meisten Prätorischen Erbklassen (contra tabulas und die ersten drei Intestatklassen) aufgehoben habe. Die alte Nothwendigkeit der Agnition bestehe daher nur noch in einigen singulären Fällen, wo die testamentarische Succession nicht auf Civilrecht ruhe, und bei der b. p. unde vir et uxor [1]).

1) Ich will hier nur einige Schriftsteller der neueren Zeit citiren, das

Indessen kann nicht verkannt werden, daß dieser Auffassung weit gewichtigere Gründe entgegenstehen. Wenn wir die Constitutionen Justinians im Codex (vor und nach Abfassung der Institutionen) durchlesen, so finden wir darin so gar keine Spur von einer Verschiedenheit der Antretung für die Prätorischen und Civil-Klassen, daß wir uns des Gedankens gar nicht zu erwehren vermögen, Justinian habe unmöglich in den Institutionen selbst die Agnition für ein nothwendiges Requisit der Prätorischen Klassen erklären können. In dieser Hinsicht sind namentlich von Interesse die **l. 14 und 15 C. de legitim. her.**, in welchen Justinian ausdrücklich erklärt, er wolle gewisse Personen aus der Prätorischen Cognatenklasse in den vorhergehenden **gradus** der Agnaten herüberziehen, (**tanquam si omnes legitimo jure veniant, legitimo jure hereditatem adipisci sanximus, legitima successione digni reperti**). Aber als Vergrößerung ihres Rechtes wird darin nur diese Voranstellung in eine frühere Klasse hervorgehoben, daß sie nun auch an den Vortheilen einer einfacheren Erbantretung Theil hätten, davon ist gar nicht die Rede. Und auch die Art, wie Justinian von der Succession der einen Klasse auf die andere spricht, läßt gar nicht recht einsehen, wie dabei noch die Zeitfristen des **successorium edictum** zur Anwendung kommen könnten. Er faßt sie offenbar so auf, daß nur wenn der vorhergehende **gradus** ausgeschlagen hat, (nicht aber wenn dessen Zeit abge-

---

Weitere auf das fünfte Buch versparend. v. Löhr Magazin III. S. 346. Thibaut Pand. 8. Aufl. §. 825. Mühlenbruch Pand. III. §. 620 am Ende. Puchta Pandekten §. 451. am Ende. — Hugo R. G. S. 1127. faßt es anders auf: In den Institutionen sei die b. p. noch durchaus anerkannt, indem Justinian die Intestatklassen auf vier reducirt habe. Bei einigen neuen Einrichtungen aber scheine die Agnition vergessen zu sein (Hugo meint wohl besonders das beneficium inventarii; es ist aber zu bemerken, daß dies schon vor Abfassung der Institutionen eingeführt wurde §. 6 I. de her. qual. et diff.), wie denn auch die Streichung der Kunstwörter cum und sine re, und die Verweisung der ganzen Lehre in nicht vorzutragende Bücher der Digesten ein schlimmes Zeichen sei. — Dem ersteren dieser beiden Gründe kann ich nach dem oben Gesagten kein Gewicht beilegen, von dem anderen wird noch nachher die Rede sein.

laufen ist), die folgende Klasse gerufen werden soll, und so müssen auch die Cognaten bis sich die Agnaten entschieden haben, ausgeschlossen sein. Von der Form freilich, wie nun die Cognaten die Erbschaft anzutreten haben, ist hier nicht die Rede, aber die Art, wie in l. 15 §. 1. von der Succession der Emancipirten die Rede ist, scheint mir deutlich zu zeigen, daß Justinian nur ihre bisherige Zurücksetzung gegen Andere aufheben will, daß er aber in Beziehung auf die Realisirung des Erbrechts unter den sui und emancipati eine völlige Gleichheit des Rechtes schon als bestehend voraussetzt.

Mehr noch als aus diesen Stellen, die doch immer nur einen negativen Beweis liefern, folgt aus denen des Codertitels de jure deliberandi et de adeunda hereditate. Die darin aufgenommenen Constitutionen früherer Kaiser handeln auch vielfach von der Agnition der b. p., aber immer so, daß es aussieht, als wenn man unter der pro herede gestio und bonorum possessionis agnitio [2]) wählen könne (l. 3. 7. 18. eod.). In der l. 18. wird gesagt, der Vater könne für das Kind bei jedweder Erbschaft die hereditas adire oder die b. p. petere. Dies ließ sich nun auch so verstehen, daß wirklich in allen Fällen, auch wenn das Kind in einer Prätorischen Erbklasse stand, man die eine von beiden Antretungsarten vornehmen dürfe. Und daß Justinian es in der That so verstehe, geht aus l. 19. eod. hervor. Hier sagt er, Jeder, dem eine Erbschaft ex testamento oder ab intestato zufalle (und daß auch die Prätorischen Erbklassen darunter verstanden seien, ist kein Zweifel), könne sein Deliberationsrecht, wenn er innerhalb des ersten Jahres versterbe, auf seine Successoren transmittiren, sobald er nichts gethan habe, worin eine hereditatis aditio oder pro herede gestio läge. Also durch eins von diesen Beiden soll er jede Erbschaft unwiderruflich erworben haben, wo nicht, so sollen seine Successoren, worunter auch ausdrücklich die Cognaten namhaft gemacht werden, noch das Recht der hereditatis aditio in dem Ueberreste des Jahres haben. Ebenso ist in l. 22 C. eod. lediglich und zwar mehr-

2) Von letzterer wird ja in l. 12 C. eod. noch besonders hervorgehoben, daß sie eine pro herede gestio enthalte.

fach von der hereditatis aditio und pro herede gestio die Rede, und Justinian sagt sehr zweifellos im §. 1:

> Quum igitur hereditas ad quendam sive ex testamento sive ab intestato fuerit delata (auch hier sind offenbar civile wie Prätorische Erbklassen gemeint) sive ex asse sive ex parte, si quidem recta via adire maluerit hereditatem, et spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet, nullo indiget inventario, quum omnibus creditoribus suppositus est, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa.

Das heißt aber doch klar genug, es komme nur auf seine Willenserklärung an, um die Erbschaft aus jeder Erbklasse unwiderruflich zu erwerben, die hereditatis aditio und pro herede gestio genügen dazu vollkommen. Wie nun damit sich vereinigen lasse, daß Justinian nachher in den Institutionen wieder sagen soll, sie genügten nicht, sondern nur bei den civilen Erbklassen liege in ihnen ein entschiedener Erbschaftserwerb, vermag ich nicht einzusehen [3]). —

Wie sollen wir nun diese von beiden Seiten sich erhebenden Bedenken lösen und in friedlichen Einklang bringen? Ich bin gar kein so großer Bewunderer Justinians, daß ich stets, koste es was es wolle, ihn und seine Arbeiter von allen Versehen und Fehlern freisprechen mögte. Ich halte es für vollkommen möglich, daß die Redactoren dieser Constitutionen gar nicht mehr an die b. p. gedacht haben, indem sie die her. aditio und pro herede gestio für die allgemeine Antretungsform aller Erbklassen hielten, und daß dann die Institutionenverfasser (was vielleicht ganz andere Personen waren), umgekehrt die Agnition der b. p. für ein nothwendiges Requisit der Prätorischen Erbklassen angesehen hätten. Alsdann ständen hier also

3) Daß in den Pandekten die Agnition stets vorausgesetzt wird, ließe sich schon eher als historische Notiz erklären, welche die Compilatoren in einem dem Privatstudium der Studenten überlassenen Theile der Digesten nur zum besseren Verständniß des Ganzen aufgenommen hätten. Aber so lassen sich doch Justinians eigene Worte im Titel der Institutionen de b. p., der auch gar nicht aus Gaius entlehnt ist, nicht hinwegräumen.

völlig widersprechende Sätze in der Justinianeischen Compilation friedlich nebeneinander; und dieser Widerspruch konnte anfangs unter Justinian leicht unbemerkt bleiben, weil, wie ich oben ausgeführt habe, es doch wohl vorherrschende Sitte war (s. §. 136.) die her. aditio vor einem Richter vorzunehmen, und umgekehrt es schon immer mit den Prätorischen Fristen so wenig genau genommen wurde, daß im gewöhnlichen Leben beide Antretungsarten sich gleich sahen, und man also die vorliegende Handlung bald als her. aditio bald als b. p. agnitio unter die widersprechend lautenden Stellen des Corpus juris leicht subsumiren konnte. — Wer nun in der That hier einen völligen Widerspruch annimmt, für den löſ't sich die ganze Frage in die Untersuchung auf, wie seit der Reception des Justinianeischen Rechts in Deutschland unser Gewohnheitsrecht sich gestaltet habe, ob dies für die Prätorischen Erbklassen eine besondere Agnition (nach den Institutionen) noch festgehalten, oder (nach den Codexstellen) die her. aditio *als allgemeine* Antretungsart für alle Erbklassen anerkannt habe. Hievon wird im folgenden Buche genauer die Rede sein.

Diese Annahme eines vollkommenen Widerspruches ist aber doch das verdeckte Bekenntniß, daß uns hier die Justinianeische Compilation durchaus rathlos lasse. Ebensowenig, wie wir mit den in Note 1. citirten Schriftstellern die entgegenstehenden Schwierigkeiten ganz ignoriren dürfen, so können wir auch nicht ohne eine vorgängige sorgsame Prüfung uns mit der Unauflöslichkeit der Schwierigkeit beruhigen. Freilich wäre Letzteres immer noch besser, als eine Erklärung, mit der man freilich den Schein rettet, mit der aber die Sache selbst nicht weiter gerückt wird 4). Wer jene Codexstellen mit ganz unbefangenem Urtheile liest, muß wie ich glaube zu der Ueberzeugung kommen, daß darin die her. aditio und pro herede gestio für die allgemein genügende Erbantretung aller Klassen erklärt wird. Wenn man hieran festhält, so giebt es, wie mir scheint, nur noch einen einzigen Weg, auf dem sich ungezwungen rechtfertigen läßt, daß Justinian die Agnitionsform und Fristen der

4) Solcher Erklärungen lassen sich mehre denken, ich halte es aber nicht der Mühe werth, sie hier, ohne daß sie aufgestellt worden sind, im Voraus zu widerlegen.

b. p., ohne mit jenem Satze in Conflict zu gerathen, bestehen ließ. Ehe ich darauf eingehe, muß ich aber als Einleitung vorausschicken, welche Ansichten über unsere Frage die nachjustinianeischen Basilikenscholiasten vortragen. Wir werden dann prüfen, in welchen Punkten sie wohl Justinians eigenen Willen getroffen haben mögten.

§. 155. Den Basilikenscholiasten ist der ursprüngliche Gegensatz des civilen und prätorischen Rechts in Beziehung auf die Antretung klar bewußt. Ihre gesammte Theorie darüber wird sich in folgende Punkte zerlegen lassen:

1. Zuerst sind nach ihrer Ansicht zu unterscheiden die sui von den extranei. Die ersteren bedürfen weder der hereditatis aditio noch der b. possessionis agnitio, den letzteren dagegen steht die deliberatio zu, wie im §. 5. I. de her. qual. et diff. ausgeführt ist [1]). In diesem Deliberationsrecht nun liegt ein Doppeltes, die Agnition der b. p. und die hereditatis aditio, welche sich wesentlich von einander scheiden [2]).

1) Schol. ad Basil. XLV. 1. l. 24 (fr. 14 D. de suis et leg.) Heimb. IV. p. 484. — Enantioph. Etiam bonorum possessio in suis supervacaneum quid est, ut lib. 5. tit. 2. dig. 7. Atqui dictum est Instit. 3 tit. 9. ascendentes et descendentes naturales et adoptivos, si intra annum non petierint, eam amittere. Similiter lib. 38 tit. 9. dig. l. — Innomin. Lege lib. 28 tit. 2 dig. 11. et tit. 5 dig. 85 (muß heißen 86 §. 1) et Instit. 2 tit. 19 et lib. 29 tit. 2 dig. 11. 12. eos existere heredes non egentes aditione aut bonorum possessione. Quibusnam autem competat deliberatio, et quis sit proprie suus cognoscis ex tit. 19 lib. 2 Instit. (Uebrigens nehmen die Scholiasten die sui in einem sehr weiten Sinn. Schol. ad B. XLV. 1. l. 14. (Heimb. IV. p. 478 Nr. 11). — s. auch noch Heimb. IV. p. 513. Nr. 14. Schol. ad B. XLV. 2. l. 25.

2) Schol. ad B. XLV. 2. l. 8. (Heimb. IV. p. 507). Enantioph. Adscendentibus et descendentibus competens b. p. annalis est, ut tit. 9 dig. 1. et 9. (muß heißen: [lib. 38] tit. 9. dig. 1. them. 12), in his autem qui ex latere veniunt, centum dierum. De jure autem civili, hoc est de aditione aliud didicisti lib. 6 Codicis tit. 30. Lege ejusdem lib. tit. 55. const. 1. et tit. 17 hujus lib. dig. 2. si mater quidem repudiaverit bonorum possessionem, deliberet autem de aditione, locum non habere eos qui sequuntur. (fr. 2 §. 21. ad SC. Tertull.) — Schol. ad

Letztere ist eine Privathandlung, umfaßt auch die pro herede gestio, und ist nicht in eine bestimmte Zeit eingeschlossen während die erstere in 100 Tagen oder einem Jahr geschehen muß, und, wenn sie auch nicht mehr der alten formellen petitio bedarf, dennoch eine Erklärung vor dem Richter (agnitio) erfordert [3]).

2) Das Verhältniß nun aber, in dem sich die Scholiasten beide Rechte des Extraneus, das der Agnition und der Adition denken, ist zuförderst, daß wenn Jemand zugleich vom civilen und vom Prätorischen Recht gerufen wird, er mit der Ausschlagung oder Versäumung der Agnition sein Civilerbrecht nicht verloren hat, sondern die her. aditio noch vornehmen kann. So sagen dies in Beziehung auf Ascendenten, Descendenten und Geschwister die in Note 2 citirten Stellen [4]). Man suchte es noch im Einzelnen durch besondere Berufung auf eigene Kaisergesetze zu rechtfertigen, daß eine b. p. nicht nöthig sei, sondern durch pro herede gestio ersetzt werden könne, wobei man sich freilich aus der Herbeiziehung ganz nichtssagender Stellen nicht viel Gewissen machte. So wird aus der l. 2 C. si ut omissam hereditatem (2. 40) gerechtfertigt, daß für den

---

Bas. XLV. 2. l. 25. (Heimb. IV. p. 514 Nr. 16.) zu dem Texte: „Si frater fratri pupillariter substitutus sit, centum dies habet." Enantioph. Atqui necessarius ei heres fit, ut lib. 28. tit. 6. dig. 2. 10. 18; et dici potest, ipsum annum habere, quod patris testamentum sit. Lege lib. 6. Codicis tit. 55 const. 1. Dicit enim, legitimum fratris heredem non excludi centum diebus. Certum igitur est hoc de b. possessione sive de Praetorio jure esse dictum, quod autem in constitutione dicitur, de aditione sive de jure civili. etc.

3) Schol. ad B. XLV. 2. l. 29. (Heimbach IV. p. 516. Nr. 2). Enantioph. Ordinariae autem sive edictales sunt hoc est ex edicto, sive jure Praetoris competentes, quae tribuunt jus hereditatis, et non indigent causae cognitione sive varia inquisitione. Denique non sunt in petitione, sed in agnitione, ut Instit. 3. tit. 9.

4) Ebenso sagte man auch sogar, wenn Jemand nach altem und neuerem Civilrecht gerufen werde, so könne er doppelt ausschlagen. Schol. ad Bas. XLII. 1. l. 3. (Heimb. IV. p. 185 Nr. 3) und ad Bas. XLV. 2. l. 25. (Heimb. IV. p. 513. Nr. 11).

impubes die Fristen der b. p. gar nicht mehr liefen [5]), ferner nimmt Julian, in Folge von l. 1 u. 3 C. ad SC. Tertull. (6. 56) (wenn letztere Stelle nicht ein falsches Citat ist), an, daß unter Mutter und Kindern keine Agnition nöthig sei [6]). Besser ist schon seine Berufung auf fr. 52 pr. de acq. vel om. her. für den Satz, daß der Sohn eines furiosus die ihm zugefallene Erbschaft, statt der Agnition, welche eine Ratihabition des Vaters voraussetzt, durch her. aditio erwerben könne [7]). Theodorus endlich stützt die Behauptung, daß die Kinder bei der Beerbung des Vaters der b. p. nicht bedürfen, auf die von dem suus heres redende l. 13 C. de jure delib. [8]).

3) Alle diese einzelnen Stellen zeigen das Streben der Scholiasten, die Unnöthigkeit der Agnition in besonderen Fällen nachzuweisen. Aber dabei sind sie nicht stehen geblieben, vielmehr finden wir, daß sie ganz allgemein die Agnition der b. p. für unnöthig und durch die her. aditio oder pro herede gestio ersetzbar erklären. Jene speciellen Fälle also sind in dem Sinne zu nehmen, daß sie darin noch aus selbständigen Gründen glaubten rechtfertigen zu können, was sie im Allge-

5) Schol. ad Bas. XL. 5 l. 3 (Heimb. IV. p. 77 Nr. 17). Dicendum est, hodie ex constitutione (2) tit. 40 lib. 2 Codicis nullum ejus modi tempus impuberi currere.

6) Schol. ad Bas. XLV. 2. l. 1. (Heimb. IV. p. 503). Enantioph. Hi (legitimi) etiam non petita bonorum possessione succedunt, cum jura legitima habeant. Qui autem a solo Praetore vocantur, citra bonorum possessionem non succedunt. Dictum enim est lib. 6 tit. 15 const. 2. sine bonorum possessione hereditatem intestati filii amitae capere neminem. In const. autem 1. tit. 56 dicitur, liberos matribus tunc per se heredes existere, cum fari possint: matres autem succedunt etiam filiis infantibus. Et const. 3. tit. 56 (?) dicit, etiam non petita bonorum possessione filiam pro herede gerendo matri succedere.

7) Schol. ad Bas. XLV. 2. l. 32. (Heimb. IV. p. 518. Nr. 5). Adire autem potest filius furiosi, et servos hereditarios manumittere, ut lib. 29 tit. 2 dig. 52. (Anonym.).

8) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 41. (Heimb. IV. p. 497. Nr. 1.) Theodori. Filii non indigent bonorum possessione ad hoc, ut matri suae succedant. Similiter didicisti in const. 13. tit. 30 hujus lib. in paterna successione. — s. auch die folgende Nr. 2 über das SC. Orphitianum.

meinen schon aus anderen Gründen angenommen hatten. Wie sie nun aber diese allgemeine Unanwendbarkeit der Agnition fassen, ist uns von ganz besonderer Wichtigkeit. Der oft von ihnen citirte §. 10 I. de b. p. war nämlich zu deutlich, als daß sie hätten sagen können, es gebe gar keine Agnition der b. p. mehr. Vielmehr stellen sie es gerade mit Anlehnung an diese Stelle so dar, es sei nur die alte formelle petitio der b. p. aufgehoben, dagegen die formlosere agnitio (d. h. die Erklärung vor einem Richter in bestimmter Frist) bestehe noch vollkommen. Daneben aber erwähnen sie dann noch etwas Anderes, wodurch auch wieder diese formlosere Agnition ersetzt werden könne, und das ist eben die her. aditio oder pro herede gestio.

Zuerst sehen wir dies aus der Behandlung der b. p. litis ordin. gratia. Man nahm an, dies sei, außer für den suus, die allgemeine regelmäßige Einleitungsform der Querel [9]), und auf diese wandte man denn auch die Vorschriften Justinians im §. 10. I. de b. p. an. Also die Erklärung vor dem Richter in der bestimmten Frist hielt man allerdings als die regelmäßige Form fest, aber man erkannte daneben doch auch die her. aditio oder pro herede gestio als genügend an. So sagt denn der Scholiast (Stephanus?), wer die Querel anstellen wolle, müsse entweder b. p. petere, oder wenigstens, gleichsam als fingirte Agnition (ἐσχηματισμένως), adire aut pro her. gerere. Jedenfalls aber sei unter jenem Ersteren, dem b. p. petere, nur noch eine Erklärung vor Gericht in bestimmter Frist zu verstehen, denn diese Agnition stehe der früheren formellen petitio ganz gleich [10]).

9) Schol. ad Bas. XXXIX. 1. l. 35. (Heimbach IV. p. 31). Theodori. Qui agit de inofficioso non statim aufert possessionem ab herede scripto, etiamsi petierit bonorum possessionem litis ordinandae gratia. Thalelaei. Didicisti in libris de judiciis, eum qui vult agere de inofficioso, debere petere b. p., quae dicitur litis ordinandae gratia, atque ita litigare. Constitutio igitur ait, licet quis quasi acturus de inofficioso petierit b. p. litis ord. gr., tamen non posse eum possessionem heredibus scriptis auferre.

10) Schol. ad Bas. XXXIX. 1. l. 6. Heimb. IV. p. 8. Nr. 6). Litis ordinandae gratia b. possessionem dicit. Quia enim neque

Ganz in Uebereinstimmung hiemit wird denn auch im Einzelnen von dem Scholiasten ausgeführt, daß wenn man noch keine b. p. agnoscirt habe, also vor keinem Richter erschienen sei, dennoch auch sonstige Präparationen der Klage, z. B. die Instruction eines Advokaten, weil sie als **pro herede gestio** gelten konnte, genügen solle [11]).

ab intestato potest statim venire, testamento valido existente, neque c. t. b. p. petere, cum exheredatus sit (soli enim praeterito filio dat Praetor b. p. c. t.) merito, cum non possit tanquam heres vel bonorum possessor hereditatis petitione experiri, debet b. p. petere litis ordinandae gratia, vel etiam adire aut pro herede gerere fictitia (ἰσχηματισμένως). Hodie vero certe et nuda voluntate, actis tamen confectis, potest quis ostendens, quocunque modo animo amplectendae hereditatis, intra statuta tamen tempora. Perinde enim esse videtur, ac si b. p. petiisset et obtinuisset. Sic didicisti in fin. tit. 9. lib. 3. Instit. — Man könnte versucht sein, diesen Endsatz von Hodie an als Erklärung nicht des b. p. petere, sondern umgekehrt des adire oder pro herede gerere anzusehen. Aber es kommt nirgends bei den Scholiasten vor, daß die Agnition nach §. 10 I. de b. p. eine Aditio oder pro herede gestio genannt würde, vielmehr scheiden sie eben diese freiere Justinianeische Agnition, wie wir gesehen haben, (und mit Recht) ganz genau von der civilrechtlichen aditio. Wohl aber halten sie es immer der Mühe werth, wenn sie vom petere der b. p. reden, hinzuzusetzen, daß darunter nach jenem Institutionenparagraph eben nicht mehr die alte formelle petitio (αἴτησις), sondern die formlosere agnitio (ἐπίγνωσις) zu verstehen sei (s. Note 3). So scheint es mir denn auch nicht zweifelhaft zu sein, daß unsere Stelle in gleichem Sinne zu nehmen sei.

11) l. c. Heimbach p. 8 Nr. 5 in fin. — Ait igitur, eum, qui petiit b. p. lit. ord. gr., licet lite nondum contestata decesserit, querelam ad heredes suos transmittere. Si vero nondum petierit b. p. lit. ord. gr., sed controversiam heredibus scriptis facere coeperit, puta, de hereditate cum eis contendere, vel si hoc quidem non fecerit, sed usus sit praeparatione, scilicet ad controversiam se praeparaverit, puta advocatos instruens, vel si cum venit ad querelam movendam, decesserit, sic quoque nihilominus querelam ad heredes suos transmittat. — Heimb. p. 9. Nr. 1. — puta si petierit b. p. l. o. g., vel petere praeparaverit ideoque magistratum adierit, vel controversiam praeparare coeperit. Man ließ aber doch noch immer einen wenn auch geringen Unterschied zwischen dem suus und extraneus bestehen, wie aus dem weiteren Verlauf der angeführten Stelle zu ersehen ist.

Ein Grund, aus dem man diese Substituirung der pro her. gest. für die Agnition rechtfertigte, wird von den Scholiasten in den bisher angegebenen Stellen nicht angeführt. Aber es fällt doch nicht schwer, den, welchen sie wirklich gehabt haben, ausfindig zu machen. Es gab einen Fall, in welchem (nach einer wahrscheinlich von Justinian interpolirten Stelle der Digesten: fr. 3. §. 4. de b. p.) weder die petitio noch die agnitio der b. p. nöthig, sondern ipso jure als geschehen fingirt sein sollte, nämlich bei einer an juristische Personen deferirten Erbschaft. Die Scholiasten haben nun freilich dies nicht als allgemeinen Grund angenommen, daß auch die formlose agnitio nirgends mehr nöthig sei, vielmehr behandeln sie es mit Recht als eine Singularität, welche Dorotheus daraus rechtfertigt, daß den jur. Personen die jura pupillorum zuständen [12]). Aber wenn es auch darin singulär ist, daß hier ohne alle Handlung die agnitio fingirt werden soll, so konnte es doch leicht auf den Gedanken führen, ob nicht auch im Allgemeinen, wenn wenigstens eine Handlung der Erbantretung (aditio oder pro her. gestio) vorläge, darin in fingirter Weise (ἐσχηματισμένως) eine Agnition liege. Und dies fanden nun in der That die Scholiasten durch l. 8. C. qui admitti ad b. p. und l. 19. C. jure delib. bestätigt. Die erstere sagt, wenn man aus irgend einem Grunde die Frist versäumt habe, so solle das nichts schaden. Die zweite setzt, wie schon oben hervorgehoben wurde, bei allen Erbklassen entschieden nur die her. aditio oder pro herede gestio voraus, und so sagen denn die Scholiasten gerade bei Gelegenheit jener l. 8. cit., die Nachsuchung der b. p. sei nicht mehr nöthig. Die Stelle von Thaleläus ist freilich zweifelhaft [13]), sie kann auch bloß heißen, daß nicht mehr die alte petitio, sondern nur die neuere agnitio noch erforderlich sei, aber wenn sie in der That ein Zusatz zu der l. 8. C. cit. ist, so kann sie diesen Sinn nicht haben, son-

12) Schol. ad Bas. XL. 1. l. 3. (Heimb. IV. p. 51 Nr. 4 u. 7). Es ist wohl zu bemerken, daß das Schol. Nr. 6. daselbst später ist, als die Basiliken, indem diese darin citirt werden, und so trägt es denn auch wesentlich anderes Recht vor, als die gleich auf Justinian folgenden Juristen. (s. unten Note 26).

13) Schol. ad Bas. XL. 1. l. 24. (Heimb. IV. p. 58 Nr. 2). Con-

dern es liegt in ihr der Gedanke, daß die alte petitio deßhalb nicht mehr nöthig sei, weil eine Versäumung der Frist nichts schaden solle, und natürlich galt dies denn auch bei der neuen formlosere Agnition, die die l. 9. an die Stelle gesetzt hat.

Deutlicher als diese Stelle ist schon die andere danebenstehende von Theodorus, obgleich auch sie noch Zweifeln Raum läßt [14]). Man könnte nämlich auch hier meinen, sie sei eine bloße Erklärung der l. 9. C. qui admitti, sagte also nur, die alte petitio sei aufgehoben, und die agnitio an die Stelle getreten, so daß der Endsatz von manifeste an, lediglich eine weitere Erklärung dessen wäre, was zu dieser agnitio gehöre. Aber dagegen spricht, daß, wie man deutlich sieht, die Stelle zur l. 8. geschrieben worden ist, und so erkennt man denn auch aus den Citaten (l. 14 u. 19. C. de jure deliberandi), daß Theodorus mehr sagen will, als lediglich die Bestimmungen der l. 9. C. qui admitti mittheilen. Er sagt: die alte formelle petitio ist aufgehoben, und man agnoscire jetzt die b. p. nach der l. 9. formlos vor einem Richter in bestimmter Frist. Dann aber kommt er auf die Frage, ob der bloße Erbschaftsbesitz auch schon genüge; er verneint dies, der bloße Besitz sei nicht das Entscheidende, wie dies die l. 4. C. unde legit. und l. 14. C. de jur. delib. beweisen, sondern man müsse daneben den entschiedenen Willen zeigen, daß man die hereditas admittire, oder wie die l. 19. C. de jure del. sagt: „aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem

stitutio non vult necessariam esse bonorum possessionum petitionem (αἴτησιν), qua jure veteri opus erat.

14) l. c. Schol. Theodori. Hodie petitio bonorum possessionum necessaria non est. Nam citra petitionem b. possessionis quisque successionem sibi competentem petit, scilicet intra praefinitum tempus, secundum const. 9 hujus tituli (daß diese Constitution hier noch besonders citirt wird, zeigt daß die Stelle selbst eine Anmerkung zur l. 8. war), quae dicit, cuilibet sufficere, si apud quemlibet judicem intra tempus bonorum possessionum testatus sit, se hereditatem ad ipsum pervenientem suscepisse. Manifeste tamen, ut ostendit const. 4 tit. 15 hujus lib. 6, quae ait, non videri hereditatem admisisse eum, qui res hereditarias possidet, sed omnino dicere debere eum, se et admittere. Legas enim const. 14 et 19 tit. 31 (muß nothwendig heißen 30) hujus libri.

inducit.“ Gerade weil hier die l. 19. citirt wird, sehen wir, daß Theodorus nicht bloß das Recht der l. 9. C. qui admitti darstellen will, sondern daß er meint, man könne überhaupt die Erbschaftsantretung noch neben der b. possessionis agnitio durch pro herede gestio vornehmen.

Diese Meinung, die, wenn wir bloß die bisher angeführten Stellen hätten, immerhin noch bezweifelt werden konnte, spricht denn auch Theodorus an zwei andern Stellen ganz unumwunden aus [15]), und da er das hodie (also das practische Recht) so unbedingt hervorhebt, so haben wir auch wohl nicht zu glauben, daß man darüber zu seiner Zeit noch Bedenken gehabt habe.

Hiernach war denn allerdings für die Basilikenscholiasten eine wahre innere Verschmelzung der b. p. und hereditas vorhanden. Die b. possessionis agnitio ist zu einer besonderen Form der hereditatis aditio herabgesunken [16]), der man auch die anderen Formen der hereditatis aditio substituiren *kann*; die

---

15) Schol. ad Bas. XL. 9. l. 3. (Heimbach IV. p. 88) Memineris eorum, quae dixi ad constitutiones subjectas tit. 9 et 10 et 11 et 12 et 13 et 14 et 15 et 16 et 17 et 18 et 19 lib. 6. (Also überhaupt alle von der b. p. handelnden Codextitel). Verum ibi didicisti, bonorum possessionem hodie necessariam non esse. — Ferner in seinem Breviarium Novellarum ad Nov. 66. (Zachariae Anecdota p. 69). — Quaelibet lex de successoribus lata post II menses, ex quo in aliquo loco fuerit insinuata, valeat. Legas tit. 9 usque ad tit. 20 lib. VI. Codicis. et disces, quae circa bonorum possessiones obtinent; sciendum tamen, hodie non opus esse petitione in bonorum possessionibus secundum const. 8 dicti tit. 9 lib. VI. Codicis. Also auch hier bezieht er sich auf die l. 8., und kann daher nicht die bloße Vereinfachung der Agnitionsform meinen. Wenn gleich nämlich die Scholiasten in einem engeren Sinne die petitio (αἴτησις) der agnitio (ἐπίγνωσις) entgegensetzen, so gebrauchen sie doch gewöhnlich, wo es auf den Gegensatz nicht ankommt, den ersteren Ausdruck im Sinne des letzteren.

16) So drückt es auch der Scholiast ad Bas. XLV. 5. l. 1 (Heimb. IV. 543. Nr. 1). (Stephanus)? Si enim se invicem heredes instituerint, qui illicite inter se conjuncti sunt, non possunt ad adeundum (εἰς τὸ ἀδιτεύειν) petere bonorum possessionem secundum tabulas.

b. p. selbst ist also nur noch in Bezug auf den historischen Ursprung aus der **Praetoria jurisdictio**, wie die Scholiasten mehrfach hervorheben, von der **hereditas** (*κληρονομία*) unterschieden. So konnte denn auch Thaleläus sagen, daß das Cognationsrecht zur *κληρονομία* rufe [17]), ja sogar, was besonders interessant ist, man brauchte sich nicht zu scheuen, da wo der Justinianeische Text nur von *κληρονομία* sprach, dafür das Wort **bonorum possessio** (*διακατοχή*) zu setzen [18]). Und so tragen denn die Scholiasten die Lehre von der Erbantretung auch so vor, daß sie die Agnition gar nicht mehr besonders erwähnen, sondern daß sie nur die Antretung **verbis** und **re** unterscheiden [19]), wobei denn aber offenbar die Agnition als eine formellere Erklärung zu der ersteren Klasse gehört. —

Hiebei darf aber freilich nicht unerwähnt bleiben, daß es in den Scholien eine Reihe von Stellen giebt, worin ganz klar gesagt zu sein scheint, daß der in einer Prätorischen Erbklasse Berufene nur durch Agnition der b. p. zur Erbschaft gelangen könne [20]), was denn also in directem Gegensatze mit den an-

---

17) Schol. ad Bas. XLV. 1. 1. 44. (Heimb. IV. p. 502). Thalelaei. Si enim habet aliud jus cognationis, quod eam ad hereditatem (*κληρονομίαν*) vocat, recte eam vindicat.

18) Schol. ad Bas. XLV. 1. 1. 9. Enantioph. (Heimb. IV. p. 474). Hoc tollit Novella 118, quae dicit, etiam filios, qui adoptantur, petere posse bonorum possessionem. (*τὴν διακατοχὴν αἰτῆσαι*).

19) Schol. ad Bas. XLI. 4. (Heimb. IV. p. 150. Nr. 9). Nosti, alios eorum, qui heredes existunt, verbis adire hereditatem, alios re tantum seu intentione, cum non dicant, se hereditatem adire, sed forte in aedibus hereditariis maneant, vel res hereditarias detineant, scientes se ad hereditatem vocari, vel cum servis hereditariis imperent, vel locent, vel vendant, vel permutent vel donent, vel generaliter res hereditarias alienent, vel servos hereditarios manumittant, vel testatorem sepeliant, neque antea testentur, se non quasi heredes seu alio jure justa ei facere, vel negotium alterius gerentes. Haec sunt exempla pro herede gestionis.

20) s. z. B. Schol. ad Bas. XL. 1. 1. 18. (Heimb. IV. p. 56). Theodori. Intra centum dies utiles b. p. unde cognati petitur. Ferner ad XLV. 1. 1. 28. (Heimb. IV. 489). Anonym. Cum enim jam sit cognatus, succedit jure praetorio, et omnino opus

deren Stellen zu stehen scheint, welche erklären, es bedürfe hodie keiner b. p. mehr. Indessen wird dies wohl für den, der sich etwas in den Ton der Basilikenscholiasten hineingelesen hat, nicht auffallend sein. Sie erklären alle Theile des Corpus juris, auch diejenigen, welche sie für unpractisch halten, und wenn sie nur von vorn herein hervorgehoben hatten, daß hodie diese Lehren nicht mehr anwendbar seien, so hatten sie ihrer Pflicht Genüge geleistet, und Niemand konnte sie dann eines Widerspruchs beschuldigen, wenn sie dann doch in diese Lehre weiter eingingen, ohne bei jedem Satze hervorzuheben, daß er unanwendbar sei. So wird die nova clausula noch weitläuftig erklärt, obgleich die Scholiasten wohl wissen, daß sie neben der Nov. 118. nicht mehr bestand [21]), so wird ebenfalls vielfach von der e. t. b. p. gesprochen, obgleich man allgemein annahm, daß sie durch die Nov. 115. aufgehoben sei [22]), endlich ist immer noch von den cognati bei manchen Stellen in der Weise die Rede, als wenn sie, um zu succediren, nothwendig der b. p. bedürften, während Niemand zweifelte, daß dies seit der Novelle 118. nicht mehr anwendbar sei [23]). In derselben Weise und mit noch viel mehr Recht konnte man denn auch von der Agnition und den Fristen der b. p. sprechen, denn man nahm sie ja gar nicht als aufgehoben an, sondern sagte nur, sie könne durch pro herede gestio ersetzt werden.

4. Nun aber fragt sich zuletzt, welchen inneren Erklärungsgrund die Scholiasten für diesen Satz gehabt haben. Die Agnition der b. p. noch immer als geltendes Recht anführen, und doch hinzufügen, sie sei nicht nöthig, sie lasse sich durch formlosere Handlungen ersetzen, das hat doch eigentlich keinen rechten Sinn. Nur dann wird es erst verständlich, wenn man annimmt, daß jetzt allerdings durch pro herede gestio aus

---

habet bonorum possessione, ut lib. 6 Codicis, tit. 15. const. 2 et 5. — s. ferner Note 6.

21) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 5 u. 6. (Heimbach IV. p. 471. 472).

22) s. d. Schol. ad Bas. XLI. 7. l. 1. (Heimb. IV. p. 163. Nr. 2.) u. ad Basil. XL. 3. l. 1. (Heimb. IV. p. 60).

23) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 11. (Heimb. IV. p. 475). Innomin. Quod de agnatis et cognatis dicitur, tollit Nov. 118 dicens, eos esse ejusdem ordinis.

jeder Erbklasse die Erbschaft erworben werden könne, daß aber doch an die Vornahme der formelleren Agnition vor dem Richter in bestimmter Frist noch besondere Vortheile geknüpft waren, welche man durch bloße her. aditio oder pro her. gestio nicht erlangte, und es also für civile wie Prätorische Erbklassen immerhin noch von Interesse war, sich der Prätorischen Antretung zu unterziehen.

Der Gedanke liegt sehr nahe, daß die Scholiasten als den allein aus der Prätorischen Antretung hervorgehenden Vortheil das Int. quor. bon. angegeben haben werden. Dies ist nun aber durchaus nicht der Fall, vielmehr behandeln sie dies Rechtsmittel als ganz identisch mit der her. petitio, sie vermögen sich nicht zu erklären, daß beide Rechtsmittel denselben Personen zustehend und gegen dieselben Beklagten (den pro herede und pro poss. possessor) gerichtet, noch wieder unter sich verschieden sein könnten[24]).

Es bleibt daher kaum wohl etwas Anderes übrig, als die Annahme, daß man die Agnition vor einem Richter immerhin deßhalb für gut und rathsam gehalten habe, um seinen Willen, die Erbschaft anzunehmen, als einen unzweifelhaften und sicheren bekannt werden zu lassen; aber ein besonderes Rechtsmittel, das man in Folge der Privatantretung nicht hätte, entspringt nicht weiter daraus, weder die petitorische her. pet., denn diese bedarf nur der pro herede gestio, noch das Interdict, denn dies kennt man als ein von der her. pet. verschiedenes Rechtsmittel nicht mehr.

Schließlich muß ich nun noch an diese Theorie der Scholiasten mit wenigen Worten die Gestalt der b. p. in den Ba=

24) Schol. ad Bas. XL. 9. 1. 3. (Heimb. IV. 88). Theodori. Qui probavit se filium alicujus esse, quique bonorum possessionem petiit, interdicto quorum bonorum sive petitione hereditatis experitur (κινεῖ τὴν κουόρουμ βονόρουμ ἤτοι περὶ ἐκδικήσεως κληρονομίας); ut enim const. 2 hujus tituli ostendit, quicunque bonorum possessionem petit, interdictum memoratum exercet adversus eum, qui pro herede vel pro possessore possidet. Es folgen dann die Note 15 citirten Worte.

siliken anknüpfen. Sie erklärt sich daraus von selbst. Es ist hier die b. p. alles Eigenthümliche abgestreift, und ist wirklich ein mit dem Worte hereditas ganz identischer Ausdruck geworden. Danach wird das fr. 1. pr. quis ordo von Modestin folgendermaßen umgestaltet: Primus eorum, qui ab intestato vocantur, gradus est descendentium, secundus adscendentium, tertius ex latere cognatorum, quartus viri et uxoris [25]). Zur Antretung der b. p. bedarf es nichts als der her. aditio, die Agnition ist ganz verschwunden, oder wird vielmehr als identisch mit der pro herede gestio erklärt [26]). Die Klage, die daraus hervorgeht, ist die vindicatio hereditatis, (ἐκδίκησις κληρονομίας), ein Wort womit man ebenso das Int. quor. bon. wie die hereditatis petitio zusammenfaßt [27]). Weil also die Klage das Endresultat der verlangten b. p. war, und in dem Worte διακατοχὴ doch mehr die Hindeutung auf die wirklich durchgesetzte Besitzergreifung liegt, so erklärt es sich leicht, daß man die b. p. auch ganz gleichbedeutend mit dem daraus hervorgehenden Rechtsmittel nahm, und sie schlechtweg ἀγωγὴ nannte [28]).

---

25) Bas. XLV. 2. l. 28. — In fr. 2. de interr. in jure, war von heres und bonorum possessor die Rede. In den Basiliken (XLII. 4. l. 2) wurde Letzteres, weil es ja doch eine Tautologie wäre, gestrichen.

26) Schol. ad Bas. XL. 1. l. 3. (Heimb. IV. p. 51. Nr. 6. s. oben Note 12). Bonorum possessio proprie sic dicta est, quae petita et a Praetore data est; non enim omnes bonorum possessiones sunt in petitione, sed sufficit et solum agnoscere, ut lib. 3 I. tit. 9. Agnoscere autem est ostendere judicium aliquod admissionis: quale est falsi agere adversus testamentum defuncti, vel curam alicujus eorum, quae ad defunctum pertinent, suscipere. Agnoscunt autem potestate subjecti etiam sine petitione, ut lib. 39. tit. 1. cap. 7. ubi et aliud argumentum agnitionis invenis.

27) Die Ueberschrift des Titels der Bas. XL. 9, worin vom Int. quor. bon. die Rede ist, lautet: περὶ τῆς τῶν πραγμάτων διακατοχῆς, καὶ περὶ ἐκδικήσεως κληρονομίας; — und ebenso heißt der von der her. pet. handelnde Titel (XLII. 1.) περὶ ἀπαιτήσεως κληρονομίας, καὶ ἐκδικήσεως αὐτῆς.

28) Der Titel der Basil. (XLV. 2), der von der Succession der Cognaten handelt, heißt: ἀγωγὴ, ἣν ὁ νόμος τοῖς συγγενέσι δίδωσιν;

§. 156. Kehren wir nun zu der Justinianeischen Compilation zurück, um mit ihr die Ansichten der Basilikenscholiasten zusammenzuhalten. Was zuerst die zweite der von uns aufgeworfenen Fragen betrifft, nämlich über die Stellung des Interdicts, so scheint es mir freilich höchst zweifelhaft, daß die Scholiasten hier das Richtige getroffen hätten. Das Interdict hatte im Laufe der Kaiserzeit mit der missio Hadriana gleichen Schrittes fortgelebt, und war um deswillen bei der testamentarischen Succession außer Uebung gekommen. Indem man nun die missio des Fortbestehens werth fand, so ist es nicht wahrscheinlich, daß man sich besonders hätte angelegen sein lassen, das Interdict als ein provisorisches Rechtsmittel aufzuheben, und mit der her. pet. als identisch zu verschmelzen. Ueberhaupt kann unsere Frage, wenn man besonnen zu Werke gehen will, doch nur in folgender Weise aufgefaßt werden. Ich glaube nachgewiesen zu haben, daß in der vorjustinianeischen Kaiserzeit das Interdict ein provisorisches Rechtsmittel war. Ferner ist es nun auch nicht zweifelhaft, daß es in die Justinianeische Compilation recipirt worden ist. Freilich will ich gar nicht behaupten, daß man sich dessen Natur vollkommen klar gemacht haben werde, und daß Jeder von Justi-

---

und der die b. p. unde vir et uxor enthaltende (XLV. 5): ἀγωγή, δι' ἧς ὁ ἀνὴρ ἢ γυνή, συγγενῶν μὴ ὄντων, κληρονομοῦσιν ἀλλήλους. — Uebrigens ist es nicht unmöglich, daß man neben dem ganz petitorischen Charakter, welchen man nach dem Gesagten der b. p. beilegte, doch auch zugleich den Gesichtspunkt des possessorischen Rechtes beibehielt, und annahm, Jedermann könne auch neben den gewöhnlichen Rechtsmitteln des Erbrechts eine missio in possessionem vom Richter verlangen. Hierauf scheint nämlich Harmenopulus zu deuten, welcher sagt (I. 3. de bon. poss.): Bonorum possessio est jus apprehendendi patrimonii vel rerum, quae cujusque quum. moritur fuerunt. Bonorum possessio est, quum quis relinquit mihi hereditatem, et adeo Praetorem, ac peto, ut me mittat in possessionem, hoc est, heredem me faciat, bonaque mihi concedat. Movetur autem a cognatis, qui a latere veniunt intra centum dies, a descendentibus intra annum. Nur hat man dies Recht auf missio nicht mehr Int. quor. bon. genannt (welches vielmehr in der vindicatio hereditatis ganz verschwunden war), sondern als ein eigenes selbständiges Recht aufgefaßt.

nians Arbeitern darüber gehörige Rechenschaft hätte ablegen können. Daß es sobald im Griechischen Rechte als ein von der her. pet. unterschiedenes Rechtsmittel vergessen worden ist, beweist doch jedenfalls, daß auch zu Justinians Zeiten kein großes practisches Lebensbedürfniß mehr dafür vorhanden gewesen sei. Und in der That ist es auch in anderen Klassen als der testamentarischen ein viel weniger nöthiges Rechtsmittel, so daß es durch die missio Hadriana das Hauptfeld seiner Anwendung verloren hatte. Aber Alles dies beweist doch nicht, daß Justinian es habe aufheben wollen; wäre er zu diesem Entschluß gelangt, so würde er ihn uns, namentlich bei Gelegenheit der missio Hadriana, nicht verhehlt haben. Vielmehr da wir ihn nichts thun sehen, als einige dürftige auf das Interdict bezügliche Stellen dem Corp. juris einverleiben, so ist doch die natürlichste Annahme, er habe es damit beim Alten lassen wollen. Wenn man es auch freilich damals wenig durchschauen, und von seiner practischen Brauchbarkeit geringe Vorstellung haben mogte, so ließ man's doch mit manchem Anderen durchpassiren; denn mehr als ein Durchpassiren-lassen mögte ich freilich die stiefmütterliche Aufnahme des Interdicts kaum nennen. Hat man doch so Manches, was nicht positiv unbrauchbar war, recipirt, wenn man auch von der positiven Brauchbarkeit keineswegs immer überzeugt war.

Jedenfalls muß man sagen, es liege kein Grund für die Annahme vor, daß Justinian dem Interdict seinen bisherigen Charakter habe entziehen wollen. Freilich findet sich die oben erörterte wichtige Bestimmung, daß die Appellation dabei ausgeschlossen sein solle, in der Compilation nicht, und wir müssen es dahin gestellt sein lassen, ob dies aus Absicht oder einem Uebersehen jener Constitution geschehen sei. Aber auch wenn wir Ersteres annehmen, so ist doch immer nur dieser eine Punkt hinweggefallen; daß Justinian dem Interdicte auch im Uebrigen sein eigenthümliches Wesen habe nehmen wollen, dafür beweist er nichts. Und wir besitzen ja auch einen entschiedenen Gegenbeweis, daß man es unmöglich für identisch mit der her. pet. hat nehmen können. Daß die her. pet. auch gegen die debitores defuncti gehe, war doch ein zu bekannter Satz, als daß selbst die Justinianeischen Compilatoren, wenn sie das

Interdict mit der her. pet. zusammenwerfen wollten, sich des Fehlers hätten schuldig machen können, unter den paar Stellen gerade das fr. 2. quor. bon. aufzunehmen, woraus der Unterschied des Interdicts von der her. pet. so unzweideutig hervorgeht.

Trotz dem also, daß wir annehmen müssen, das Interdict bestehe noch in der Justinianeischen Compilation, so ist es nun aber doch sehr erklärlich, daß die Griechischen Juristen es nichtsdestoweniger nicht mehr von der her. pet. zu unterscheiden wußten. Ich habe oben bemerkt, daß das Interdict der Ueberrest des possessorischen Elementes ist, welches früher die ganze b. p. durchdrungen hatte. Auch die spätere Kaiserzeit hielt daran fest, und daß sich die Gesetzgebung mehrfach mit dem Interdicte beschäftigte, zeigt, daß im practischen Leben das Rechtsmittel öfters benutzt worden sein muß. Nun aber ist das Interdict ein Institut, dessen ganze Existenz nicht lediglich von dem Bestehen der Rechtsregeln, sondern außerdem wesentlich von dem Bewußtsein des Volks abhängt, daß es ein brauchbares Rechtsmittel sei. Das Interdict ist kein für einen geregelten Rechtszustand unumgänglich nothwendiges Institut, aber freilich kann es je nach den Verhältnissen und wenn der Wunsch des Volks darauf gerichtet ist, sehr nützlich und gut in den gesammten Rechtszustand eingreifen. Wo aber umgekehrt das Bedürfniß des Volks nicht darauf gerichtet ist, und also Niemand es benutzt, da ist es todt, mögen auch in den Rechtsquellen noch so viel Rechtsregeln darüber verzeichnet sein. Und so ist es ihm denn auch in der That ergangen. Man bewahrte es sich anfangs noch als Verlassenschaft des possessorischen Elements der b. p., aber nach und nach erstarb das Bedürfniß danach, und im Orient hat es sich vielleicht nie recht eingelebt. So wußten denn die griechischen Juristen mit dem todten Institute nichts Anderes anzufangen, als es mit der her. pet. zusammenzuwerfen, während, wie wir sehen werden, der Occident in den nachjustinianeischen Zeiten das Interdict wieder mit neuem Leben ergriff, so daß es sich bis auf unsere Tage bewahrt hat. —

Das Resultat aus dem Gesagten ist: Justinian hat das Interdict, obgleich es damals schon wenig genug benutzt werden

mogte, in der Gestalt bestehen lassen, die es in der vorhergehenden Kaiserzeit erhalten hatte. Hierin liegt namentlich der Hauptpunkt, daß es zur Geltendmachung des Interdicts nach Justinians Absicht noch immer der Agnition der b. p. bedürfen sollte. Die in das Corp. juris aufgenommenen Stellen (§. 153. Note 2.) lassen darüber keinen Zweifel, so wie denn auch darin kein Bedenken möglich ist, daß es ein Rechtsmittel für alle Erbklassen, Prätorische wie civile, sein sollte, sobald diese nur in der bestimmten Frist die b. p. agnoscirt hatten.

§. 157. Wir gehen jetzt zu der ersten der oben (§. 153.) aufgeworfenen Fragen zurück, welche Delations- und Acquisitionsregeln Justinian für das definitive Erbrecht, sei es ex jure civili oder praetorio, aufgestellt habe? Ich halte hier die Ansicht der Basilikenscholiasten, daß es der Agnition *auch* für die Prätorischen Erbklassen nicht mehr nothwendig *bedürfe*, sondern daß sie sich durch pro herede gestio ersetzen lasse, für durchaus richtig. Freilich daß mit der Aufnahme der l. 8 C. qui admitti ad bonorum poss. Justinian etwas Besonderes gewollt habe, läßt sich füglich bezweifeln, aber die Berufung der Scholiasten auf l. 19 C. de jure deliberandi ist eine vollkommene gerechtfertigte. Justinian zeigt hier wie in l. 22 C. eod. sehr deutlich, daß Jedem extraneus das civilrechtliche Antretungsrecht, welches durch das spatium deliberandi ein Ende erreichen kann, zustehe; und so konnten die Scholiasten sich auch mit Recht auf den §. 5. I. de her. qual. et diff. berufen, worin es ganz allgemein heißt: extraneis heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda. Daß dann im §. 7. eod. nur vom testamentarischen und legitimus heres die Rede ist, können wir daher nur als einzelne Beispiele ansehen, ohne daß Justinian damit vollständig alle die hätte angeben wollen, welche durch pro her. gestio oder formlose Willenserklärung antreten durften. Das argumentum a contrario, welches aus diesem § auf den ersten Anschein entnommen werden kann (s. oben §. 153. am Ende), fällt danach als unzulässig hinweg. Justinians Arbeiter haben hier ohne weitere Veränderung den Gaius (II. 167.)

abgeschrieben, und unrichtig war dies ja auch gar nicht, nur sehen wir aus den anderen Constitutionen Justinians, daß auch Anderen als dem **scriptus** und **legitimus heres** das Recht der **pro herede gestio** und **hereditatis aditio** zustehen sollte.

Was hiernach schon aus den in den Codex aufgenommenen Stellen zu entnehmen ist, stimmt nun auch vollkommen mit den Resultaten überein, die sich aus den Novellen ziehen lassen. In diesen wird nämlich die **b. p.** gar nicht mehr erwähnt, als nur die des Patrons [1]). Es ist erklärlich, daß Justinian für dies eigenthümliche Pflichttheilsrecht, das er schon früher in einer eigenen Constitution regulirt hatte, den alten Namen beibehielt. Und auch hier sind die Ausdrücke der Art, daß sie gar nicht auf die besondere Agnition der **b. p.**, sondern direct auf die Anstellung der Klage deuten (*τὴν διακατοχὴν κατασείων τε καὶ ἐπανατεινόμενος*). Bei allen übrigen Erbklassen aber ist auch nicht einmal von dem Namen der **b. p.** irgend eine Spur. Ja sogar einmal kommt etwas vor, was Justinian, wie er selbst sagt, aus dem Edict entlehnt. Wenn nämlich die Wittwe das Trauerjahr verletzt, so soll das ihr von einem Fremden Hinterlassene an dessen sonstige Erben fallen, dagegen das vom Manne selbst Hinterlassene den **decem personae** und in deren Ermangelung dem Fiscus zukommen [2]). Dabei wird nun aber nicht im Geringsten hervorgehoben, daß die **decem personae** die Erbschaft anders zu erwerben hätten, als die Uebrigen, während, wenn damals

---

1) Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. c. 12. §. 4. Beide Stellen sind gleichlautend. In der Osenbrüggenschen Uebersetzung ist die zweite, nicht aber die erste richtig übersetzt. Es muß nicht heißen ac veniant fortasse cognati vel manumissor, et bonorum possessionem moveant atque intendant, sondern: ac veniant fortasse cognati vel manumissor bonorum possessionem movens et sibi vindicans.

2) Nov. 22. cap. 22. pr. — Quae ab extraneis illi relicta sunt, ad alios venient, quae vero a priore marito, haec illi ablata pervenient ad decem personas marito, qui ea reliquit, cognatione junctas et edicto comprehensas, hoc est, ascendentes et descendentes, et collaterales usque ad secundum gradum, gradibus in suo ordine servandis; quibus non existentibus ad aerarium venient.

noch eine Agnition der b. p. für die Prätorischen Erbklassen nöthig gewesen wäre, Justinian es gewiß auch hier, wo er gerade in eigenthümlicher Weise das alte Recht der decem personae wieder hervorzieht, festgehalten hätte.

Demgemäß wird denn auch an mehren Stellen der civile Erbschaftserwerb für sämmtliche Erbklassen als die allgemeine Antretungsform anerkannt. In Nov. 1. cap. 1. §. 4. giebt Justinian allen Klassen das Recht κληρονομοὶ zu werden, und mit ausdrücklicher Beziehung auf die ältere Terminologie, die aditio und pro herede gestio vorzunehmen, wenn der Onerirte die ihm gemachte Auflage nicht erfüllen will. Also muß doch bei allen diesen Klassen das Recht der aditio und pro herede gestio schon als bestehend in dem Fall vorausgesetzt werden, wenn sie nicht erst an die Stelle eines nachlässigen Onerirten, sondern gleich anfangs aus eigener Person gerufen sind [3]). In Nov. 22. c. 46. ist nur von dem κλῆρος d. h. hier der delata hereditas (εἴτε πρὸ τοῦ κλήρου εἴτε μετὰ τοῦτον), in Nov. 92. cap. 1. und Nov. 159 c. 1. u. 3. lediglich vom adire der hereditas (καταδέχεσθαι τὸν κλῆρον) die Rede. In Nov. 158. wird die l. 19. C. de jure delib. auch auf die impuberes ausgedehnt und dabei von Neuem anerkannt, daß die civilrechtliche Delation allgemein gelten solle, auch in dem vorliegenden Fall, wo das civilrechtliche Erbrecht der Nov. 118. noch nicht in Anwendung treten konnte [4]).

---

3) In omnibus vero casibus, quando supra scriptis non implentibus eos, qui vel in testamento scripti sunt, vel ab intestato veniunt, vel etiam reliquos vocamus, illis omnibus, ut heredes fiant, atque adeundi et pro herede gerendi (quae verba legis sunt), omniaque tanquam heredes agendi jus habeant concedimus etc. (δίδομεν ἅπασι τοῖς τοιούτοις προσώποις γίνεσθαι κληρονόμους, καὶ ἀδιτίονος ἤτοι pro herede gestionos ἔχειν δίκαιον (ταῦτα δὴ τὰ τοῦ νόμου ῥήματα.) Unter νόμος wird hier das ganze Gesetzbuch verstanden, und damit also gesagt, die aditio und pro her. gest. sei der allgemeine im Corpus juris festgestellte Weg, Erbe zu werden, was denn auch hier eintreten soll, wo man erst an die Stelle des eigentlich berufenen Erben tritt.

4) Nov. 158 Praef. in fin. — quum etiam lex in Codice, qui a nobis nomen habet, posita sit, quae jubeat eum, qui fari possit, maternam quoque hereditatem recte acquirere, et rursus aliam legem posuerimus, quae vult ut si quis hereditate

So erklärt es sich vollkommen, daß die einzigen in den Novellen vorkommenden Worte, welche, definitives Erbrecht bezeichnend, unter sich ganz gleichbedeutend sind, und gleichmäßig die civilen wie prätorischen Klassen umfassen, — die beiden Ausdrücke κληρονομία (hereditas) und διαδοχὴ (successio) sind [5]). So kommt es, daß Justinian folgende Ausdrücke gebrauchen kann: von den Descendenten: ἐκ τοῦ νόμου καλούμενοι (Nov. 53. c. 6.) und εἰς τὴν πατρῴαν καλεῖσθαι κληρονομίαν (Nov. 117. c. 5.), von den Eltern: κληρονομοῦσιν (Nov. 22. c. 25.); daß er in der Novelle 118. nirgends ausspricht, er habe dadurch die drei ersten Intestatklassen der b. p. aufgehoben, sondern er selbst nur von ihr sagt, es seien dadurch die zwei bisher hintereinander stehenden Klassen der Agnaten und Cognaten zusammengeworfen (s. Note 4.). So wird denn auch das Erbrecht der Cognaten schon vor Nov. 118. κληρονομία genannt (Nov. 22. cap. 22. §. 1.), ja alle Intestaterben heißen bald διάδοχοι bald κληρονόμοι (Nov. 22. c. 26.). Und endlich möge als die letzte Bemerkung hier noch

sibi delata, antequam eam vindicet vel contrariam de ea ostendat sententiam, moriatur, ad heredes suos de hac hereditate jus deliberandi transmittat. Legem enim nuper a nobis latam quae agnatis et cognatis eundem in hereditatibus locum concedat, in hoc casu locum non habere, quum antiquior sit eo die, ex quo lex valere jussa est.

5) Eine vollständige Uebersicht über die Verbindungen, in denen diese beiden Wörter in den Novellen vorkommen, wird man aus der Vergleichung folgender Stellen entnehmen können: Nov. 7. c. 2. §. 2. — Nov. 12. c. 2. 3. 4. — Nov. 15. praef. — Nov. 22. c. 24. c. 29. §. 1. c. 39. c. 39. c. 44. §. 7. u. 9. c. 45. §. 1. c. 46. §. 1. u. 2. c. 47. — Nov. 38. c. 1. u. 2. — Nov. 40. c. 1. §. 1. — Nov. 48. pr. c. 1. — Nov. 51. c. 1. — Nov. 53. c. 5. u. 6. — Nov. 57. c. 1. — Nov. 60 c. 1. — Nov. 61. c. 1. §. 3. — Nov. 66. c. 1. pr. Nov. 68. — Nov. 72. c. 2. — Nov. 84. praef. §. 1. c. 2. — Nov. 89. praef. c. 2—4. c. 6. c. 8. c. 12. — Nov. 98. c. 1. — Nov. 100. c. 1. — Nov. 101. Praef. c. 1. u. 2. — Nov. 108. Praef. — Nov. 112. c. 1. — Nov. 117. c. 5. u. 7. — Nov. 119. c. 6. u. 11. — Nov. 120. c. 1. u. 6. — Nov. 123. c. 18. — Nov. 131. c. 7. 9. 11. — Nov. 136 c. 3. 5. — Nov. 139. Praef. — Nov. 144. c. 2. — Nov. 159. praef. c. 3. — Nov. 164. — Nov. 166.

angeführt werden, daß, als Justinian auf die Armenier das Römische Erbrecht übertrug (Nov. 21.), und bestimmte, die Frauen sollten, ebenso wie die Männer, ihre Eltern, Geschwister und Cognaten beerben können, natürlich von bon. poss. nirgends eine Spur ist, sondern Alles mit den unter sich gleich bedeutenden Ausdrücken διαδοχή und κληρονομία abgethan wird, obgleich er sie noch ganz besonders auf Institutionen, Digesten und Codex verweist.

§. 158. Es kann hiernach wohl nicht bezweifelt werden, daß Justinian in seinen vor und nach den Institutionen erlassenen Constitutionen des Codex so wie in seinen Novellen die Agnition der b. p. auch für die prätorischen Erbklassen nicht für eine nothwendige Bedingung zur Erlangung des definitiven Erbrechts hält, sondern allen Klassen gleichmäßig das Recht der her. aditio und pro herede gestio zugesteht. Und nun sollte dies dennoch aus der Reception der von der Agnition handelnden Digesten- und Codexstellen, und aus seinen eigenen Worten in den Institutionen gefolgert werden müssen? Ich glaube kaum, daß wir zu dieser Annahme, die also die Compilatoren des directesten Widerspruchs zeihen würde, gezwungen sind.

Die Reception der Agnitionsregeln in Digesten und Codex rechtfertigt sich zuförderst schon aus demselben Grunde, der, wie oben hervorgehoben wurde, auch den Basilikenscholiasten vorgeschwebt haben wird. Es war immerhin wünschenswerth, daß die Erbschaft sobald wie möglich vor dem Richter angetreten werde, man konnte also jene Regeln recht wohl als eine Anmahnung an den Einzelnen bestehen lassen, daß er aus seinem eigenen Interesse rasch seinen Willen auf bequeme Weise constatire und vor dem Richter außer Zweifel setze. Freilich würde uns eine in diesem Sinne heutzutage erlassene Rechtsregel lächerlich vorkommen, aber man möge bedenken, daß es sich hier nicht um Einführung von etwas Neuem, sondern um Bestehenlassen von etwas Altem, in der Sitte Hergebrachtem, handelt [1]), wobei ein derartiger wenn auch schwa-

1) Es ist ebenso, wie früher mit der cretio, die noch immer als all-

cher Grund schon viel eher in Betracht kommen konnte. Dazu aber kommt noch ein anderer Umstand, der von viel entschiedenerer Wichtigkeit ist. Die bon. poss. hatte in der klassischen Juristenzeit mehre Nebeninstitute bekommen, welche ihrem eigentlichen Gebiete nicht angehörten, aber doch vielfach darein verschlungen waren. Diese bestanden auch jetzt noch fort, und zwar, eben weil sie in sich selbst eine eigenthümliche Basis hatten, waren sie auch von den großen Umgestaltungen des ganzen Systems wenig betroffen worden. Sie waren von jeher der Regel unterworfen, daß dabei eine Erbittung vom Richter nöthig sei, und ihre Natur brachte es mit sich, daß dies auch, nachdem die regulären prätorischen Erbklassen jetzt davon befreit wurden, bestehen blieb. Ich meine nämlich die **b. p. Carboniana**, ferner die **missio ventris nomine**, die, wenn auch eine reine **missio**, doch aus mehr als einem Grunde hieher gerechnet werden konnte. Endlich die **b. p. furiosi nomine**, welche Justinian noch besonders durch eine Constitution festgestellt hat. Ich habe hierauf noch nicht weiter einzugehen, muß aber schon das wenigstens hervorheben, daß Justinian bei der letzteren ausdrücklich darauf hinweist, es solle die Agnitionsform, so wie sie im neueren Recht festgestellt war, keineswegs versäumt werden [1a]).

Mit diesen Gründen läßt sich die Reception der Agnitionsregeln schon allenfalls erklären, aber für das volle Verständniß der in den Institutionen enthaltenen Darstellung der **b. p.** sind sie freilich nicht genügend. Und so giebt es denn auch in der That noch einen anderen Grund, den wir aus den Institutionen selbst entnehmen können, und der erst vollständig die Anerkennung der Agnition in Pandekten, Institutionen und Codex ins rechte Licht zu setzen vermag. Wir müssen jetzt, um ihn darzulegen, die Abfassungsweise der Institutionen genauer prüfen.

Bereits v. Löhr [2]) hebt sehr richtig die eigenthümliche Durcharbeitung hervor, welche in den einzelnen Titeln der Instituti-

---

gemeine Antretungsform mit aufgeführt wurde (**Gai. II. 167**), obgleich sie durch die **pro her. gestio** ersetzt werden konnte.

1a) **l. 7. §. 3 C. de curat. furiosi.**

2) In seinem Magazin III. S. 350. 351.

onen das ganze Erbrecht erfährt. Schon der erste Blick lehrt es, daß keineswegs bis zum achten Titel des dritten Buchs bloß vom Civilrecht die Rede ist, und dann erst im neunten Titel (de bon. poss.) das ganze Prätorische Erbrecht abgesondert dargestellt würde, sondern das Prätorische Recht ist, so weit es Justinian anerkennen will, in alle vorhergehenden Titel schon einrangirt worden, woraus denn erhellt, was nachher noch weiter geprüft werden soll, daß der Titel de bon. poss. nur eine Gesammtrecapitulation des Vorhergehenden ist, die dazu dient, die Bedeutung aller einzelnen Theile des Prätorischen Rechtes zur klaren Anschauung zu bringen. Fassen wir genauer die Titel, in denen die einzelnen Erbklassen dargestellt werden, ins Auge, so finden wir sie regelmäßig aus drei Elementen ganz unverkennbar zusammengesetzt, und es fehlt nicht an sehr deutlichen Nebenbemerkungen Justinians, wie er sich das Verhältniß dieser drei zu einander denkt. Er hebt nämlich immer zuerst das *alte jus civile*, dann das Prätorische Recht hervor, und schließt mit den späteren Constitutionen, wobei denn genauer ausgeführt wird, was man von jenen beiden Theilen habe bestehen lassen, und was daran verändert worden sei.

1. Die testamentarische Succession beginnt im Titel de testam. ord. (II. 10.) die Reihenfolge. Hier wird im §. 1. das Civiltestament, im §. 2. das Prätorische dargestellt, dann heißt es im §. 3., das jus civile und praetorium habe allmählig angefangen in unam consonantiam jungi, theils durch Gewohnheitsrecht theils durch Kaiserconstitutionen, und so seien denn, auch in dem practischen Rechte der Testamente die drei Elemente zu erkennen (ut hoc jus tripartitum esse videatur). Der übrige Theil des Titels ist dann der weiteren Darstellung dieses practischen Rechtes überlassen, woran sich auch die folgenden beiden Titel anschließen.

2. Im 13. Titel gehen darauf die Institutionen zum Inhalte der Testamente über, worin ganz ähnlich wie in den Pandekten das Notherbenrecht, die Erbeseinsetzungen und was dem gleich steht (nebenbei auch von der Antretung der Erben), und zuletzt die Legate und Fideicommisse aneinander gereiht werden. Bei den Erbeinsetzungen und Ver-

mächtnissen finden sich immer nur die zwei Elemente des alten Civilrechts und der es etwa später modificirenden Constitutionen, aus dem sehr einfachen Grunde, weil hier das Prätorische Recht nicht eingegriffen hat. Aber dies gewährt uns zugleich einen Schluß in Beziehung auf die an die Erbeinsetzungen angeknüpfte Lehre von der Erbantretung. Hier hätte Justinian allerdings einschlagendes Prätorisches Recht darzustellen gehabt, und doch thut er es nicht; er spricht nur von dem Erwerbe der sui, und der civilrechtlichen Antretung der extranei, er erwähnt nur das alte Civilrecht und die neueren sich darauf beziehenden Constitutionen. Er citirt die l. 22. C. de jure del. als ein commune omnibus subjectis gegebenes beneficium, und eben in dieser l. 22. wird so gut wie in der l. 19. C. de jure del. die civilrechtliche Erbantretung als allgemeines Recht aller Erbklassen vorausgesetzt. Was hat also die Auslassung des Prätorischen Antretungsrechtes zu bedeuten? Wir können nicht antworten, Justinian wolle hier bloß vom Civilrecht sprechen, das Prätorische folge im Titel de bon. poss. Er will so offenbar in allen diesem Titel vorausgehenden Lehren schon das ganze practische aus verschiedenen Elementen zusammengeschmolzene Erbrecht darstellen, und deßhalb fehlt auch gerade im Titel de her. qual. et diff. bei den sui das Prätorische beneficium abstinendi nicht. Daß daher dann bei den extranei das Prätorische Rechtselement weggelassen ist, stimmt vollkommen mit dem überein, was wir schon aus l. 19. u. 22. C. de jure delib. und aus sämmtlichen Novellen ersehen haben. Justinian nimmt die civilrechtliche Antretung als genügend für alles definitive Erbewerben an, und ganz dieselbe Bedeutung hat auch der an die Erbeinsetzungen sich anschließende Pandektentitel de acq. vel om. her. — Während also in den Lehren von den Einsetzungen, dem Erbewerben, den Vermächtnissen das Element des Prätorischen Rechts fehlt, weil es entweder gar nicht vorhanden war, oder jetzt nicht mehr für nöthig gehalten wurde, so treten dagegen in jener ersten Lehre, auf die der Inhalt der Testamente führte, dem Notherbenrechte, unsere drei Elemente wieder ebenso so klar als im Titel de test. ord. hervor. Der Titel de exher. liber. handelt nur vom formellen N. E. R., und am Ende desselben wird denn

gleich auf das materielle verwiesen. Ich weiß nicht, aus welchem Grunde man daher nicht auch gleich den Titel de inoff. test auf den de exher. liber. hat folgen lassen. In das Inofficiositätsrecht hat bekanntlich der Prätor nicht eingegriffen, die c. t. b. p. gehört dem formellen R. E. R. an. Daher interessirt uns hier nur der Titel de exher. liber. Bis zum §. 2 incl. ist vom alten Civilrecht die Rede, vom §. 3. an beginnt das Prätorische Recht, und mit dem §. 5. geht dann Justinian mit den Worten sed haec quidem vetustas introducebat auf das neuere Recht über, wie es durch die l. 4. C. de lib. praet. festgestellt worden war. Die Worte dieses §. 5. haben ganz denselben Sinn, wie jene: ut hoc jus tripertitum esse videatur. Für alle sui soll in Zukunft das Recht des filius sein, für die emancipati die Regeln der c. t. b. p. bestehen, aber daß bei Beiden Justinian noch einen Unterschied in Beziehung auf die Geltendmachung des Notherbenrechts und die Einforderung der Erbschaft habe machen wollen, ist schwer zu glauben. Justinian bezeichnet es sowohl für sui wie emancipati mit dem Ausdruck auferre hereditatem [3]). Das Testament soll nach den Regeln, wie sie das Civilrecht für die sui und das Prätorische für die emancipati vorschreibt, infirmirt sein, und das auferre hereditatem heißt dem einfachsten Wortsinne nach, Nichts als: sie können die her. pet. anstellen, also sui wie emancipati können allerdings b. p. agnosciren, aber nöthig ist es nicht. Justinian faßt offenbar das Notherbenrecht der sui und emancipati als eine einzige Erbklasse auf, und das konnte in der That erst dann recht geschehen, wenn Beiden ein gleicher Weg der Realisirung ihres Rechts offen stand. Also auch hier ist nicht geradezu gesagt, die emancipati bedürften der Agnition nicht, aber die Darstellung steht wenigstens in keinem Widerspruch mit dem, was uns Justinians Codergesetze und Novellen anzunehmen zwingen.

3) Die Intestatsuccession beginnt mit dem dritten Buche.

---

3) ut omnes, sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur, et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent.

Im ersten Titel ist von der Klasse der Descendenten die Rede, wiederum nach unseren drei Theilen. Bis zum §. 8 das alte Civilrecht der sui; von §. 9—13 das Prätorische der b. p. unde liberi. Vom §. 14 an, wieder mit den Worten: **sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt**, die Aufnahme jener beiden Theile ins neuere Recht. Ebenso trennt Justinian in dem zweiten Titel **de legitima agnatorum successione** das älteste Recht (bis §. 2) von den Verbesserungsversuchen des Prätors (§. 3), bis er dann mit den Worten: **nos vero legem XII. tab. sequentes** seine Ansichten vorbringt; als ein Theil dieser zweiten Intestatklasse erscheinen die folgenden beiden Titel. Der fünfte Titel enthält sodann die dritte Intestatklasse, die Cognaten, und konnte natürlich nur die Grundsätze des Prätorischen Rechtes enthalten mit unbedeutenden Veränderungen der späteren Kaiser. Aber es ist wohl zu bemerken, daß ebensowenig wie der erste Titel die Ueberschrift **de bon. possessione unde liberi** und der zweite **unde agnati** führt, so auch hier der fünfte keineswegs **unde cognati**, sondern **de successione cognatorum** heißt. Die vierte Klasse, die der Ehegatten fehlt nun, was nachher erklärt werden soll. Wir müssen aber noch einmal zurückblicken zu jenen ersten drei Klassen, und der Art, wie Justinian ihre Aufeinanderfolge darstellt. Es ist dies von besonderem Interesse. Das **pr. I. de leg. agn. succ.** sagt:

> **Si nemo suus heres** (das sind also die vom alten Civilrecht Gerufenen) **vel eorum quos inter suos heredes Praetor vel Constitutiones vocant, exstat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege XII. tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.**

Justinian hebt hier die drei in der ersten Klasse vorhandenen historischen Elemente genau hervor, aber ist es nicht einleuchtend, daß er sie Alle als eine einzige innerlich völlig verschmolzene Klasse auffaßt, daß er auch hier meint, das **jus civile** und **Praetorium** sei **in unam consonantiam** zusammengekommen? Er spricht von der civilrechtlichen Delation der Erbschaft, diese geschähe an die Agnaten (**pertinet hereditas**) erst wenn aus der ersten Klasse Niemand vorhanden sei, der

die successio ergreife; also auch wenn in der ersten Klasse nur ein emancipatus steht, so wird die hereditas und nicht dem Agnaten deferirt; es wäre unnatürlich anzunehmen, daß nun also Justinian nicht meinen sollte, sie werde vorher dem emancipatus deferirt, daß er also hier nicht successio (διαδοχή) mit hereditas (κληρονομία) vollkommen gleichbedeutend nähme, wie er dies doch nach meiner obigen Weisung in den Novellen entschieden thut. Und er hebt es noch so besonders hervor, daß man quoque modo die successio erwerben könne, womit sehr deutlich auf verschiedene Wege der Erbantretung gedeutet wird, die sich alle vollkommen gleichstehen sollen. — In ganz gleichem Sinn wird dann im pr. I. de succ. cogn. die Cognatenklasse an die der Agnaten angeknüpft:

> Post suos heredes eosque, quos inter suos heredes Praetor et Constitutiones vocant, et post legitimos (quorum numero sunt agnati et hi, quos in locum agnatorum tam supradicta Senatusconsulta quam nostra erexit Constitutio) proximos cognatos Praetor vocat, qua parte naturalis cognatio spectatur.

Indem Justinian hier die beiden vorhergehenden Klassen nochmals wiederholt, zeigt er, daß diese dritte vom Prätor erfundene Klasse sich ebenso an die zweite anschließen soll, wie diese (aus den 12 Taf. herstammend) an die erste angeknüpft wird. Die practische Geltung aller drei soll vollkommen gleich sein, mögen sie historisch aus der einen oder anderen Quelle entsprungen sein [4]). Sie sind allesammt zu Civilrecht von Justi-

---

4) Dies geht auch aus der Recapitulation aller drei Klassen in §. 11. u. 12. I. de gradibus cogn. hervor: — quum enim prima causa sit suorum heredum et eorum, quos inter suos heredes jam enumeravimus; — Amotis quoque suis heredibus et quos inter suos heredes vocari diximus, agnatus, qui integrum jus agnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus; — — Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt, quoties neque suorum heredum jure, quique inter suos heredes sunt, neque agnationis jure aliquis praeferri debeat secundum ea, quae tradidimus.

nian zusammengeschmolzen [5]), und stehen ebenso wie die Klasse der testamentarischen, und der formellen Notherben, denn namentlich in Beziehung auf Letztere wird doch Niemand bezweifeln, daß Justinian die sui und emancipati im Notherbenrechte nicht anders gestellt wissen will, als in der ersten Intestatklasse.

§. 159. Schreiten wir jetzt fort zur genaueren Betrachtung des Institutionentitels de bon. possessionibus. Ich glaube, es kann keinem unbefangenen Leser entgehen, daß derselbe aus drei sich wesentlich von einander trennenden Theilen besteht [1]). Der erste umfaßt das Princ. und die ersten drei Paragraphen; er ist eine kurze historische Uebersicht über das frühere Prätorische Recht, dessen Entstehung und weitere Ausbildung. Justinian schließt diesen Abschnitt im §. 4 unverkennbar mit den Worten: Sed eas quidem Praetoria introduxit jurisdictio; a nobis tamen etc., und beginnt nun (bis zum §. 7 incl.) die Darstellung der Prätorischen Erbklassen, welche er in das practische Recht recipirt habe. Mit dem §. 8 aber knüpft er wieder an die frühere historische Darstellung an, er erzählt die Entstehungsgründe des successorium edictum (s. Bd. I. S. 84), welches er nun auch zugleich nebst den für alle Klassen geltenden Vorschriften über die Fristen und die Agnitionsform der b. p. als geltendes Recht hinstellt. Mit diesem §. 8 also, der die allgemeinen sich auf alle Klassen der b. p. beziehenden Sätze enthält, beginnt der dritte Abschnitt. Wir haben uns nun den Inhalt dieser drei Abschnitte noch näher vor Augen zu stellen.

---

5) Nur hiedurch scheint mir erklärt werden zu können, was ich oben schon beiläufig erwähnte, daß Justinian gar nicht mehr in Nov. 118 davon spricht, er hebe die drei Intestatklassen des Prätorischen Rechtes auf, und setze civilrechtliche an die Stelle, sondern daß er lediglich es so auffaßt, er wolle den Vorzug der Agnation vor der Cognation vertilgen (s. auch §. 157. Note 4). Civilrechtliche Klassen waren es auch schon vor der Nov. 118. gewesen.

1) Dies hebt auch v. Löhr Magazin III. S. 252 hervor, nur daß er den §. 3. nicht zum ersten, sondern zum zweiten Abschnitte rechnet, was mir aber Justinians eigene Worte sehr deutlich zu widerlegen scheinen.

1) Erster Abschnitt. Die b. p., sagt Justinian, sei zur Emendation des Civilrechts eingeführt; und diese Emendationen zeigten sich nicht bloß im Intestaterbrecht, von denen schon in vorhergehenden Titeln die Rede war, sondern auch in der testamentarischen Succession; es sei nämlich durch den Prätor die Institution der **postumi alieni** möglich geworden. Gleich die Art, wie dies ausgedrückt wird, ist für uns von Interesse. Justinian sagt, der **postumus alienus** habe die **hereditas** nicht **jure civili** antreten können. Er setzt dann hinzu: **sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.** — Dies ist die einzige Emendation, die bei der testamentarischen Succession angeführt wird, und indem nun gesagt wird, auch diese sei ins Civilrecht aufgenommen, liegt dabei nicht der Gedanke im Hintergrunde, die übrigen Theile der **sec. tab. b. p.** seien ebenfalls dem Civilrecht nicht mehr unbekannt? [1a]). Daß in der That so der Gedankengang Justinians war, sieht man aus dem Folgenden, indem er nun gleich (§. 1) hervorhebt, es gebe auch einige Theile der b. p., in denen von Anfang an der Prätor mit dem Civilrecht übereingestimmt habe. Im §. 2 kehrt dann der Institutionenverfasser zu denen zurück, welche der **Praetor solus vocat ad hereditatem** (also zu den emendirenden und correctorischen Klassen), um die juristische Bedeutung, welche diese gehabt hätten, kurz zu erklären; **heredes** seien sie nicht gewesen, denn **heredes** könnten nur durch **leges**, **Seta** und kaiserliche Constitutionen gemacht werden. Uebrigens seien die im Bisherigen schon erwähnten Klassen nicht die einzigen vom Prätor neu aufgestellten; der Prätor habe gar vielfach Gelegenheit gehabt, das alte enge Recht zu erweitern. So findet denn Justinian es passend, eine vollständige Ueber-

---

1a) Denselben Sinn haben nun auch in der Justinianeischen Compilation die Worte der **l. 19. C. de testam. omnia quae scriptis heredibus competunt, jubemus eos habere, nec super b. possessionis petitione ullam controversiam nasci, quum pro herede agere cuncta sufficiat, et jus omne ipsa complere aditio videatur.** Der im **test. princ. oblatum** Eingesetzte soll gerade so stehen, wie alle übrigen **scripti heredes** (s. §. 138), daraus folgt aber doch, daß alle **scripti heredes** der Agnition der b. p. überhoben sind.

sicht aller vom Prätor aufgestellten Klassen (im §. 3.) zu geben.

2) Zweiter Abschnitt. Hierauf geht Justinian zum practischen Rechte über[2]), und dies ist uns von ganz besonderem Interesse, um urtheilen zu können, ob denn in der That die Institutionen dem, was wir aus dem Codex und den Novellen geschöpft haben, widersprechen. Die uns interessirenden Worte sind folgende:

Sed eas quidem Praetoria introduxit jurisdictio; a nobis tamen nihil incuriosum praetermissum est, sed nostris Constitutionibus omnia corrigentes contra tabulas quidem et secundum tabulas bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas, nec non ab intestato Unde liberi, et Unde legitimi bonorum possessiones. Nachdem dann die b. p. der decem personae für aufgehoben erklärt wird, schließt er den §. 4. mit den Worten: et quintam fecimus, quam Praetor proximis cognatis pollicetur. Im §. 5 ist darauf von den sich auf das Patronatrecht beziehenden Klassen die Rede, was Alles durch seine darüber erlassene Constitution weggefallen sei. §. 6. Aliam vero bonorum possessionem, quae unde vir et uxor appellatur, et nono loco inter veteres b. possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus et altiore loco, id est sexto eam posuimus, — — —, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariae permaneant suo vigore pollentes. Der §. 7. handelt zuletzt noch von der extraordinären Klasse quibus ex legibus.

Es sind freilich mancherlei Bedenken, die sich bei dieser Darstellung erheben. Wir wollen sehen, ob sie sich alle befriedigend lösen lassen. Zuerst fällt wohl einem Jeden die constante Wie-

2) Wenn v. Löhr a. a. O. sagt: „eine eigentliche Darstellung des Geltenden mangelt ganz (man müßte die Erwähnung der b. p. ex edicto unde vir et uxor dahin zählen wollen“), so verstehe ich dies nicht recht. Wenn es heißen soll, Justinian wolle nur eine Uebersicht, nicht eine tiefer eingehende Entwicklung des Geltenden geben, so stimme ich ganz bei.

derholung der Perfecta auf, woraus mit Sicherheit der Schluß gezogen werden darf, daß Justinian nicht erst hier in den Institutionen etwas Neues anordnen will, sondern daß er die gesammte Umgestaltung der b. p. für das practische Recht schon früher vorgenommen hat. Er will hier nur sämmtliche Theile seiner sich auf die b. p. beziehenden Gesetzgebung noch einmal übersichtlich zusammenstellen, damit dies die Stelle eines die ganze Lehre mit einem Male regulirenden Collectivgesetzes vertrete [3].

Nun aber fragen wir: wo ist denn diese dem Institutionenverfasser vorliegende Gesetzgebung, die nach seinen Worten (omnia corrigentes) als eine sehr tief eingreifende dargestellt wird? Ein einzelnes Gesetz, das uns verloren gegangen wäre, können wir unmöglich, wie ich schon oben bemerkte, annehmen. Unsere Stelle spricht ganz dagegen. Durch eine Mehrheit von Constitutionen (nostris Constitutionibus) heißt es, sei Alles corrigirt worden. Aber wenn sich auch einzelne Klassen der b. p. und deren Umgestaltung durch Justinian in besondern Constitutionen nachweisen lassen, so ist das nimmermehr von allen z. B. der b. p. unde cognati und unde vir et uxor möglich, und auch hier die Voraussetzung eines Verlustes Justinianeischer Gesetze gänzlich unwahrscheinlich.

Man könnte daher denken, das Perfectum beziehe sich auf die eben vorhergehende Darstellung der Institutionen; dort habe Justinian die Zusammenschmelzung des Prätorischen mit dem übrigen Rechte durchgeführt, und so hebe er dies jetzt nachträglich in diesem Anhangstitel, nur noch einmal hervor, um alle Mißverständnisse abzuschneiden. Aber dann müßte man den Ausdruck nostris Constitutionibus doch sehr uneigentlich verstehen, ferner steht entgegen, daß auch gerade schon in den vorausgehenden Institutionentiteln die Verschmelzung des Prätorischen Rechts mit dem Civilrecht als etwas Vergangenes nicht erst jetzt Angeordnetes dargestellt wird, und endlich paßt diese Erklärung auch gar nicht auf die b. p. unde vir et uxor, die im Bisherigen gar nicht erwähnt war, und von der es nun doch hier heißt: servavimus, posuimus.

Wir werden also zur Erklärung unseres Satzes noch wei-

3) s. Bd. I. Einleitung S. XI.

ter zurückgewiesen, und müssen prüfen, in welcher Gestalt die b. p. in den Justinianeischen Codex recipirt worden ist, dessen Anordnung damals gewiß nicht anders gewesen sein wird, als sie in dem Codex repetitae praelectionis vor uns liegt. Die b. p. nimmt hier im sechsten Buche die Titel 9—19 ein, und in der That trifft es nun vollkommen zu, daß die im Codex in eigenen Titeln recipirten Klassen genau die sechs in den Institutionen aufgezählten sind. Ja noch mehr. Ein Titel über die b. p. ex legibus fehlt, und damit stimmt es ganz zusammen, daß in den Institutionen in dem davon handelnden §. 7. ein auf die Constitutionen verweisendes Perfectum augenscheinlich vermieden ist, so daß dies wie eine neue Reception sich darstellt, für die dann noch gleichzeitig in den Pandekten ein correspondirender Titel gemacht wurde.

Justinian also meint, wie wir wohl nicht bezweifeln dürfen, mit den Worten nostris Constitutionibus omnia corrigentes theils allerdings seine eigenen hie und da eingreifenden Constitutionen, theils aber setzt er auch überhaupt in die Aufnahme im Codex einen Gesammtgrund für die Correction der b. p. Nun habe ich oben schon bemerkt (§. 153.), daß an und für sich die Aufnahme der b. p. in die Compilation sie, wenn man das so nennen will, zu Civilrecht gemacht hat, daß aber, wenn Justinian nicht bloß die Prätorischen Erbklassen, sondern auch deren eigenthümliche Delations= und Acquisitionsregeln mit aufgenommen hätte, in der Stellung der b. p. zum bisherigen Civilrecht nichts verändert sein würde. Etwas ganz Anderes aber ist es, wenn wir nun Justinian deutlich aussprechen sehen, daß er die Reception der Prätorischen Erbklassen anders verstanden wissen wollte, wenn wir seinen Willen erkennen können, daß diese seit seiner Aufnahme als den civilrechtlichen ganz gleichstehende Klassen gelten, also auch mit ihnen unter denselben Regeln der Erbantretung vereinigt sein sollten. Diesen Willen scheint mir nun aber die Zusammenhaltung des §. 2. und 4. unseres Titels unverkennbar zu ergeben. Dort sagte Justinian, die welche der Prätor solus vocat, seien keine heredes, wohl aber die durch kaiserliche Constitutionen Gerufenen. Nachdem dann die einzelnen Theile der b. p. angegeben sind, fährt er fort: „so weit reichte die

Thätigkeit des Prätors, wir aber haben, durch unsere Constitutionen Alles corrigirend, die **contra** und **secundum tabulas** sowie die **unde liberi** und **legitimi** zugelassen." Das heißt doch offenbar: Diese sollen jetzt allesammt, weil sie durch unsere Constitutionen gerufen werden, **heredes** und **jure civili non incogniti** sein, so daß es nicht mehr darauf ankommt, ob bisher diese Klassen bloß auf der Prätorischen Jurisdiction ruhten, oder schon von Anfang an **confirmandi jure civ. gratia** gegeben waren.

Daß Justinian wirklich diesen Gedanken, wie ihn die Worte sehr einfach darlegen, hatte, wird ja auch entschieden durch den oben genauer analysirten Inhalt der voraufgehenden Institutionentitel bewiesen. Justinian will die vier Klassen **contra, sec. tab. unde lib.** und **legitimi** nicht mehr als eigene selbständige Klassen der Prätorischen Jurisdiction, sondern als völlig verschmolzene Theile der vier Klassen zulassen, die er in den Institutionen als Civilrecht vorträgt. So wird uns denn auch verständlich, was Justinian mit den Worten sagen will, er habe diese Klassen: **utpote necessarias constitutas** admittirt. So lang sie nur auf der Prätorischen Jurisdiction ruhten, erschienen sie noch immer als ein besonderes **beneficium**, für dessen Erlangung auch die Nothwendigkeit besonderer Bemühungen (nämlich der Agnition) erklärlich war. Justinian aber hat sie, indem er sie mit den übrigen civilrechtlichen Regeln zusammenwirft, zu nothwendigen Theilen des Rechtes gemacht, für die deßhalb auch die gewöhnlichen Regeln, wie man Erbrecht erwirbt, eintreten.

Was Justinian von den vier ersten Klassen sagt, dürfen wir wohl unbedenklich auch auf die fünfte übertragen. Er stellt, wie wir oben gesehen haben, die **successio** der Cognaten völlig auf gleiche Stufe mit der der Descendenten und **legitimi**, und so ist nicht der geringste Grund vorhanden, daß wenn er von ihr sagt, **quintam fecimus**, wir nicht meinen sollten, er rechne sie ebenso wie die vorhergehenden vier unter die **necessarias constitutas**.

Am meisten Zweifel erregt die letzte Klasse, die **b. p. unde vir et uxor**. Wollte Justinian sie lediglich als ein auf der Prätorischen Jurisdiction ruhendes **beneficium** bestehen lassen,

wollte er daher auch die besonderen Voraussetzungen zur Erlangung dieses beneficium, die Agnitionsregeln, fernerhin beibehalten? Dafür spricht, daß sie in den voraufgehenden Institutionentiteln ganz übergangen, also wie es scheint ins Civilrecht nicht aufgenommen ist. Aber ein anderer Grund überwiegt doch hier, wie mich dünkt, vollkommen. Mag es Absicht sein, daß man hinter dem Titel de successione cognatorum keinen eigenen Titel für diese Klasse anlegte, weil man es für einen so kurz abzumachenden Gegenstand nicht der Mühe werth fand, oder mag man an jenem Orte nicht daran gedacht haben, jedenfalls zeigt die Darstellung in unserem Titel de bon. poss., daß, indem man nun hier die bisher übergangene Klasse nachholte, man ihr durchaus dieselbe Stellung geben wollte, welche die vorhergehenden Klassen einnehmen. Das Perfectum in der Darstellung wird hier ganz wie im Bisherigen beibehalten, wir müssen also bei dem servavimus und posuimus noch immer: nostris Constitutionibus hinzudenken, und darin liegt denn eben, daß diese Klasse nicht weniger wie die anderen, auf einer civilrechtlichen Quelle und nicht mehr auf der bloßen Prätorischen Jurisdiction ruhen soll. —

Bis hieher scheint mir der zweite Abschnitt unseres Titels einen ganz passenden, von den Verfassern wohl überlegten Sinn zu haben, und ich glaube, man wird zugeben, daß man mit ungezwungener Interpretation zu demselben Resultat gelangt, auf welches uns gleichmäßig Basilikenscholiasten, Codexstellen, Novellen, und die voraufgehenden Institutionentitel führen, nämlich daß alle von Justinian recipirten Erbklassen den Charakter der Civilerben haben, also nur der civilrechtlichen Antretung bedürfen. Was nun aber Justinian im §. 7. mit der b. p. ut ex legibus will, bei der er nicht mehr auf seine Constitutionen verweist, wofür indeß noch in den Pandekten ein eigener Titel gemacht ist [4]), ich gestehe offen, daß ich mir

4) Septima eas secuta, quam optima ratione Praetores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam b. p. quibus ut detur lege vel SCto vel Constitutione comprehensum est; quam neque bonorum possessionibus, quae ab intestato veniunt, neque iis, quae ex testamento sunt, Praetor stabili jure commemoravit, sed quasi ultimum et extraordinarium

dies nicht recht erklären kann. Will er damit sagen, daß auch in diesen Fällen die durch Gesetze eingeführte bon. poss. reines Civilrecht sein soll? Die Worte scheinen im Gegentheil darauf zu führen, daß hier noch fortwährend die Agnition der b. p. als extraordinarium auxilium fortbestehen soll, und so könnte man dies gerade als Argument benutzen, daß Justinian auch wohl für die übrigen Klassen die Agnition als eine Nothwendigkeit habe beibehalten wollen. Aber dies Argument ist doch wieder ein sehr hinfälliges und unsicheres, denn man weiß gar nicht, welche Fälle eigentlich Justinian hieher rechnet, im Gegentheil man kann wohl mit Sicherheit sagen, daß es im practischen Rechte Justinians gar keinen Fall giebt, der dahin gehörte. Ueberdem sind die Worte, ohne auf Justinians Constitutionen zurückzuweisen, rein erzählend, und man kann also meinen, daß hier eben nur eine historische Notiz gegeben werden sollte, die sich an die Erzählungen des *ersten Abschnittes* und die des dritten anschließt, ohne *anwendbares Recht* enthalten zu sollen. Auf alle Fälle scheint mir die Sache viel zu unklar, um die anderen Beweise, welche wir im Bisherigen haben kennen lernen, aufwiegen zu können, und es giebt in der That noch einen Weg der Erklärung, der vielleicht Billigung verdient, der aber erst im folgenden § seine Stelle finden kann.

§. 160. — 3. Wir gelangen jetzt zu dem dritten Abschnitt des Institutionentitels. Mag es mit der b. p. ut ex legib. sein wie es will, so sehen wir doch aus dem zweiten Abschnitt, daß Justinian die sechs ordinären Klassen durch seine Constitutionen für zugelassen erklärt. Er will sie nicht mehr als eigene Klassen der Prätorischen Jurisdiction gelten lassen, und bei mehren derselben hat er denn auch in den voraufgehenden Titeln ihre völlige Verschmelzung mit den betreffenden Theilen des Civilrechts ganz unzweideutig anerkannt. Nun aber nimmt er im §. 8. den Faden der Geschichtserzählung

---

auxilium, prout res exigit, accommodavit, scilicet iis qui ex legibus, SCtis Constitutionibus Principum ex novo jure vel ex testamento vel ab intestato veniunt.

wieder auf. Der Prätor habe außer der Einführung neuer Erbklassen, wie sie im §. 3 angegeben waren, noch einen besonderen Zweck zu erreichen gesucht, nämlich die rasche Regulirung der Erbschaftsangelegenheit, insbesondere zur baldigen Befriedigung der Gläubiger, damit diese nicht nöthig hätten, den Concurs zu eröffnen. Zu dem Ende habe er den in eine bestimmte Reihenfolge geordneten Klassen gewisse Agnitionsfristen vorgeschrieben, nach deren Versäumung der Prätor entweder die Miterben, oder die folgende Klasse zugelassen habe. Die Fristen betrügen 100 Tage und für die parentes et liberi ein Jahr. Sie seien aber ein tempus utile; und man brauche auch in Beziehung auf dies petere der b. p. jetzt nicht mehr in Sorge zu sein, indem die früheren Kaiser mit Recht jede Art von Willensäußerung für genügend erklärt hätten, sobald sie nur in der bestimmten Frist geschähe [1]).

Zuvörderst könnte man glauben, Justinian erkenne durch diese Endworte geradezu an, daß auch die Prätorischen Erbklassen nur noch der hereditatis aditio bedürften, denn von einem Erscheinen vor dem Richter ist gar nicht die Rede, und die ganz freien Willensäußerungen sind ja eben der Charakter der civilrechtlichen Antretung [2]). Aber dem steht entgegen, daß Justinian entschieden die Fristen der b. p. hier anerkennt, in die er bekanntlich die her. aditio nicht eingeschlossen hat, ferner daß er ausdrücklich auf die früheren Kaiser (namentlich l. 9 C. qui admitti) verweist, also auch unmöglich mehr sagen kann, als was jene schon angeordnet hatten. Es leidet daher wohl keinen Zweifel, daß Justinian nur hervorheben will, die alte formelle petitio sei nicht mehr nöthig, jedes admittere (also die agnitio) genüge, aber freilich wird als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, daß dies vor einem Richter geschehen müsse.

---

1) §. 10. h. t. — Sed bene anteriores principes et huic causae providerunt, ne quis pro petenda b. possessione curet; sed quocunque modo si admittendi eam indicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

2) l. un. Th. C. de cret. vel b. p. — „qualicunque aditae vel adeundae hereditatis indicio," s. Hugo R. G. S. 1128 Note 2.

Wir sehen mithin, daß Justinian, wenn er gleich diesen dritten Abschnitt erzählend beginnt, dennoch das darin vorgetragene successorium edictum, mit seinen Fristen und Agnitionsvorschriften, als durchaus geltendes Recht hinstellt, womit es denn durchaus übereinstimmt, daß sowohl im Codex als in den Digesten darauf bezügliche Stellen in nicht geringer Zahl recipirt sind.

Wir sind hier also auf den entscheidenden Punkt gelangt, wo wir nach den im Bisherigen gegebenen vorbereitenden Untersuchungen, die abschließende Antwort über die von uns aufgeworfenen Fragen zu geben haben. Wir haben jetzt alles Material, was, wie ich glaube, für die Entscheidung in Betracht kommt, vor unseren Augen ausgebreitet. Drei Antworten sind überhaupt nur denkbar. Die erste, welche durchgehends die heutigen Schriftsteller zu theilen scheinen (§. 154. Note 1): es sei die b. p. in der Justinianeischen Compilation *als ein geschlossenes Ganzes* beibehalten worden, also wo *Jemand in unseren* Quellen nur zur b. p. gerufen werde, da habe er noch immer die Agnition in bestimmter Frist vorzunehmen. Ich habe gezeigt, daß, wenn auch diese Ansicht auf den ersten Blick einigen Grund für sich hat, dennoch das, worauf man sich dabei stützt, auch anders erklärt werden kann, und daß ihr in Justinians Codergesetzen und Novellen Hindernisse entgegenstehen, die, soviel ich wenigstens sehen kann, ohne gezwungene Erklärungen unübersteiglich sind. Die zweite Ansicht ist die, daß Justinians Arbeiter sich selbst nicht klar gewesen sind, daß sie an manchen Stellen der Compilation die Agnition anerkennen, an anderen sie gänzlich vergessen, und so gleichsam factisch außer Geltung setzen. Dies ist eine weit eher zulässige Annahme, und ich würde derselben beitreten, wenn nicht, wie ich im Bisherigen gezeigt habe, auch gerade die Institutionen aus so vielerlei Umständen die Absicht Justinians hervorleuchten ließen, daß er die Prätorischen Erbklassen mit dem Charakter des Civilrechts bekleiden wolle. Und innerhalb dieses engen Gebietes der Institutionen, ja innerhalb eines und desselben Titels können sich die Compilatoren doch nicht so widersprochen haben, daß sie in einem Athem Alle Erbberechtigten als heredes (also zur her. aditio befugt) anerkannt, und doch wieder für die

Prätorischen die Nothwendigkeit der Agnition vorgeschrieben hätten.

Somit bleibt nur noch die dritte Ansicht übrig, die sich aus dem Bisherigen leicht zusammensetzen läßt. Es hatte sich in der Kaiserzeit die b. p. in zweierlei zerspalten. Im großen Ganzen war sie durchaus ein Element der definitiven, petitorischen Erbberechtigung geworden. Aber man hatte auch das possessorische Element im Int. quor. bon. sich bewahrt. Man faßte dies als ein ganz besonderes beneficium auf, das der Prätorische Erbe nach der Agnition neben seiner her. vindicatio hat, das aber auch jeder Civilerbe durch Agnition erlangen kann. Wenn nun gleich das Bewußtsein dieses possessorischen Elementes sich bald nach Justinian im griechischen Rechte gänzlich verlor, so muß es doch wenigstens bei Justinians Arbeitern noch in gewisser Weise vorhanden gewesen sein, sonst würden sie das Interdict als ein von der her. pet. verschiedenes Rechtsmittel nicht recipirt haben (§. 156). Und ferner ist es unzweifelhaft, daß für die Geltendmachung dieses Interdictes die Nothwendigkeit der Agnition festgehalten wurde. Auch bei den Institutionenverfassern muß dies Bewußtsein des Interdicts vorausgesetzt werden, da sie es im §. 3 I. de interdictis aufgenommen haben, und zwar gar nicht gedankenlos die Worte des Gaius abschreibend (s. §. 143.). Aus Gaius III. 34. nun aber wußten die Institutionenverfasser, daß für die Civilerben die b. p. nur durch das Interdict ein beneficium ist. Hiernach lag es doch sehr nahe, daß Justinians Rathgeber auf folgenden Gedanken kamen:

Die Prätorischen Erbklassen sollen nicht mehr sich lediglich auf die Prätorische Jurisdiction stützen, also, daß sie überhaupt zur successio gerufen werden, ist nicht mehr ein eigenthümliches beneficium, sondern sie sollen, sogut wie die civilrechtlichen, necessariae constitutae sein. Zur Erlangung dieser successio, mithin zur Geltendmachung der her. pet., bedarf es daher allgemein nur der her. aditio und pro herede gestio. — Dagegen soll das possessorische Rechtsmittel ebenfalls und zwar ganz allgemein bestehen bleiben; es soll dies noch fernerhin, so wie es schon zu Gaius Zeiten für die Civilerben war, ein besonderes beneficium für die Besitzerlangung sein. Wer aber

ein schleuniges Rechtsmittel benutzen will, von dem kann man auch mit Fug verlangen, daß er nach bestimmten Vorschriften (nämlich vor einem Richter und in einer gewissen Frist) seinen Willen der Antretung erkläre, m. a. W. daß er b. possessio agnoscire.

Auf diese Weise vereinigt sich das, was auf den ersten Blick widersprechend scheint, vollkommen. Wir können es hienach nur natürlich finden, daß Justinian in den Institutionen sogut wie im Codex und den Novellen das Civil- und Prätorische Recht als in unam consonantiam vereinigt behandelt, und daß er umgekehrt doch auch das successorium edictum und die Agnitionsregeln in Digesten, Codex und Institutionen aufnimmt. In der Gedankengang in unserem Institutionentitel scheint mir sehr deutlich hierauf hinzuweisen. Nachdem im zweiten Abschnitt ausgeführt ist, welche Klassen man durch die Constitutionen als necessarias constitutas zugelassen habe, beginnt dann Justinian im §. 8 die Erzählung, auf welche Weise der Prätor es bewirkt habe, daß die Erbschaftsangelegenheit rasch regulirt werde. Offenbar aus demselben Zweck behält nun Justinian dies successorium edictum, und schließt damit: Alle, die sonach intra statuta tempora die bonorum possessiones agnosciren, sollten plenum earum beneficium haben. Das ist eben das beneficium, wovon Gaius III. 34 spricht.

Hiemit scheint mir auch der einzig wahrscheinliche Ausweg gebahnt für die Bedeutung der b. p. ex legibus nach der Justinianeischen Ansicht. Ich sagte schon, daß es gar keinen Fall giebt, der in der Compilation wirklich darunter paßt. Und in der That scheint Justinian sie auch in einem ganz anderen Sinne zu nehmen, als den sie ursprünglich hatte. Im Anfange des §. 7. (s. oben §. 159. Note 4) erklärt er sie freilich richtig als den Fall, wo das Gesetz lediglich eine b. p. verleiht. Am Ende des § aber wird gerade das Charakteristische derselben wieder ganz verwischt: der Prätor habe sie denen accommodirt, qui ex legibus, SCtis, Constitutionibus principum ex novo jure vel ex testamento vel ab intestato veniunt. Das veniunt umfaßt also Alle die, welche zur Erbschaft nach neuerem Rechte gerufen werden.

Es ist daher wohl nicht zu gewagt, hier den Compilatoren nur reines Mißverständniß Schuld zu geben; wir verfahren dadurch milder, als bei der Annahme, sie hätten hier etwas aufgestellt, worunter sie sich gar nichts denken konnten. Sie nahmen wahrscheinlich an, b. p. ex legibus ist die, welche ein ex novo jure zur Erbschaft Berufener, ebenso wie jeder andere Civilerbe agnosciren kann.

Sobald wir diese Voraussetzung anerkennen, so schwindet die letzte Unklarheit, die unser Titel de bon. poss. uns noch darbietet. Das Wort bon. possessio bezeichnet ein Doppeltes: das Recht des praetorius successor d. h. sein definitives Erbrecht, was er aber schon durch her. ad. erlangen kann, und das besondere possessorische beneficium, zu dessen Erlangung die Agnition der b. p. noch immer nöthig ist. Nun hatte Justinian schon im ersten Abschnitt gesagt, daß der Prätor auch gewisse Klassen confirmandi juris civilis gratia eingeführt habe d. h. ja gerade solche, wodurch auch Civilerben das Interdict mittelst der Agnition erlangen könnten. Nachdem er nun im zweiten Abschnitt die Erbklassen, welche er recipirt (und darunter sind auch jene das alte Civilrecht confirmirenden), aufgeführt hat, so will er nun im dritten Abschnitt angeben, daß alle diese Klassen durch Agnition der b. p. das besondere darin enthaltene beneficium des Interdictes erlangen könnten. Hier konnte ihm nun aber der Gedanke kommen, wie es denn mit denen sei, welche sich weder auf altes Civilrecht noch Prätorisches stützen, sondern die ex novo jure veniunt. Es war unbedenklich, daß sie auch zu dem beneficium der b. p. müßten gelangen können. Deßhalb schob man denn noch vorher alle diese als siebente Klasse ein, so daß der §. 7 einen Uebergang zu dem Folgenden bildet, und eben nur um dieses Folgenden willen eingefügt wurde.

Ich weiß wohl, daß dieser Erklärungsversuch ziemlich gewagt ist, aber vielleicht wird, wer mit der Art und Weise, wie die Compilatoren meist zu Werke gingen, vertraut ist, ihn darum noch nicht als unwahrscheinlich hinwegwerfen.

§. 161. Wir haben das im Bisherigen gewonnene Resultat jetzt zum Schlusse noch in mehrern Punkten zu vervollstän-

digen, um es in seinem ganzen Umfange erscheinen zu lassen.

Der Ausdruck bonorum possessio hat jetzt einen doppelten Sinn. 1. Er bedeutet zuerst und regelmäßig die successio ex jure praetorio, welche von Justinian mit der ex jure civili oder legitimo vocari [1]), nachdem nun auch die Agnition der b. p. nicht mehr nöthig war, vollkommen zusammengeschmolzen ist. Es giebt nicht mehr eigne abgesonderte Prätorische, sondern es sind die von Justinian anerkannten civilrechtlichen Erbklassen, in welche die Regeln der Prätorischen Jurisdiction Aufnahme gefunden haben. Die erste regelmäßige Erbklasse ist die testamentarische, der nur, wenn die Bedingungen des Notherbenrechtes nicht erfüllt sind, ausnahmsweise das Recht der sui und emancipati vorgeht, während das Recht der übrigen mit der querela inoff. Auftretenden hintendrein eine Vernichtung der testamentarischen Succession herbeiführt. Der testamentarischen Klasse reihen sich dann die Intestatklassen an, zuerst die der sui und derer, welche durch den Prätor und die Kaiser den sui gleichgestellt sind, zweitens die legitimi, drittens die cognati, endlich vir et uxor. Für diese fünf regelmäßigen Klassen hat Justinian eine civilrechtliche successio ordinum anerkannt, welche von dem successorium edictum wesentlich abweicht. Die Intestatsuccession soll eintreten, wenn entweder kein Testament vorhanden oder Niemand daraus heres geworden ist, und es hat keinen Zweifel, daß unter solchem heres auch der zu verstehen ist, ad quem (wie in Note 1 gesagt ist) bona honorario jure pertinent [2]). Also erst im Falle des Nichtvorhandenseins eines ex testamento Antretenden folgt

1) §. 10 I. de fideic. libert. Praeterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam — — restituat. Dies definitive Erwerben (succedere jure praetorio), welches mit dem Ausdruck petere b. p. gewöhnlich bezeichnet wird, hebt Theodos. in l. 18 C. de test. noch besonders hervor: vel bonorum possessionem petere, et eo modo eidem infanti hereditatem quaerere. s. auch §. 128 Note 5.

2) Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.

auf die testamentarische Succession die Delation aus der ersten Intestatklasse, und wenn dies gleich auch in der Justinianeischen Compilation noch an jene eigenthümliche Interpretation der 12 Tafeln über das tempus, quo certum est aliquem intestatum decessisse angelehnt wird, so behandelt es Justinian doch mit Recht als einen wahren transitus von der testamentarischen zur Intestatklasse, der nicht mehr bloß ex jure honorario sondern ex jure civili Statt finden soll, mit anderen Worten, es findet hier eine wahre ordinum successio Statt [3]), bei der das Unterbleiben der Antretung, nicht aber der bloße Ablauf einer gewissen Frist, die Bedingung für die Berufung der folgenden Klasse ist.

Ebenso wie sich die erste Intestatklasse an die testamentarische anknüpft, so folgen nun auch die mehren Intestatklassen aufeinander. Justinian trennt nicht mehr, wie dies bisher der Fall war, die civilrechtliche und Prätorische Delation, er sagt nicht: dem legitimus werde das Civilrecht beim Nichtvorhandensein eines früheren Civilerben, die b. p. aber nach Ablauf der vorhergehenden Prätorischen Frist deferirt, sondern Civil- und Prätorische Erben sind jetzt eine Klasse geworden, und den legitimi wird die hereditas deferirt, wenn aus der vorhergehenden Klasse der sui und emancipati nemo exstat, (§. 154. u. 158.). Also wieder nicht der Ablauf einer Frist, sondern lediglich der Zeitpunkt, wo es sicher ist, daß Niemand aus der vorhergehenden Klasse sich die Erbschaft aneigne, begründet die successio der folgenden. Und ganz ebenso reiht dann Justinian die successio der Cognaten an die der Agnaten, so daß wir also hier schon ganz dieselbe Verknüpfung der Klassen finden, wie sie nachher auch in der Nov. 118. zwischen den nur innerlich umgestalteten Verwandtschaftsklassen Statt findet [4]).

Wir sehen hiernach, daß die in der Compilation anerkannten Erbklassen nicht bloß die Vorschriften der Prätorischen Antretung, sondern auch die Prätorischen Delationsfristen abge-

3) s. Bd. I. S. 117. 118. und oben §. 114 zu Note 8.

4) Nov. 118. cap. 2. — si defunctus descendentes heredes non reliquit — cap. 3. pr. si defunctus neque ascendentes relinquat. §. 1. si defunctus neque fratres neque fratrum liberos, ut diximus, reliquerit.

streift haben, wogegen allerdings die Idee des successorium edictum sich in soweit ins Civilrecht recipirt findet, daß, sobald in der früheren Klasse Niemand mehr vorhanden ist, ein transitus der Berufung auf die folgende Statt findet. Die Institutionen sind gerade der Theil des Corp. jur., in welchem diese Umgestaltung Justinians allein recht hervorgehoben werden konnte. Im Codex dagegen hätte Justinian sie nicht anders als durch eine eigene Constitution ausdrücken können, und da dies unterlassen wurde, so ist es nicht zu verwundern, daß hier nur, gleichsam als Einleitung zum eigentlichen Erbrecht in kurzen Titeln die Klassen vorausgeschickt wurden, welche Justinian aus der b. p. in sein Recht recipiren wollte. Noch weniger kann es auffallen, daß aus den Pandekten die von Justinian beabsichtigte Verschmelzung der civilen und Prätorischen Klassen an und für sich nicht zu ersehen ist. Die Schriften der juristischen Klassiker rührten aus einer Zeit her, wo die b. p. noch in vollkommenem Gegensatz zur hereditas sowohl in Beziehung auf Acquisition als Delation stand. Die Compilatoren konnten hier lediglich darauf ausgehen, Sorge zu tragen, daß nicht die Pandekten in vollkommenem Widerspruch mit dem standen, was die Schüler schon im ersten Jahr aus den Institutionen erlernt hatten. Aber es scheint sie überhaupt bei der Zusammenstellung des 37 und 38ten Buches der Gesichtspunkt geleitet zu haben, daß, ebenso wie schon im Institutionentitel de bon. poss. die historischen Notizen zur Erklärung des Ganzen nicht völlig zu entbehren waren, so auch Vieles in die Pandektentitel aufzunehmen sei, was zur größeren Anschaulichkeit der früheren Prätorischen Jurisdiction dienen könnte. Deßhalb trennte man denn auch diese beiden Bücher von dem übrigen Erbrecht, und schloß sie aus dem Kreise der partes, worüber Vorlesungen gehalten wurden, aus. Trotz dem aber ist auch in den Pandekten aus der darin enthaltenen Anordnung die Verschmelzung des civilen und Prätorischen Rechtes, wie sie die Institutionen darlegen, wenigstens äußerlich zu erkennen. Die zuerst für das System des Erbrechts sich darbietenden Hauptabtheilungen waren die testamentarische und die Intestatsuccession. Nun wurden zuerst die testamentarische Universalsuccession des Civilrechts (Buch 28. 29) und die Legate

(B. 30—36) vorangestellt, welche beiden Lehren man, als zu den quatuor libri singulares gehörig, nicht wohl durch Zwischenschiebung der b. p. trennen konnte; alsdann aber folgen gleich die bonorum possessiones ex testamento (Buch 37 bis Titel 11). Die testamentarische Succession ist dann von der Intestatsuccession durch die Lehre vom Patronatrecht und den daraus hervorgehenden besonderen Erbrechten getrennt (Buch 37. Tit. 12 — B. 38. Tit. 5.), und nun folgen die Lehren der Intestatsuccession in der Weise, daß die Prätorischen Bestandtheile voranstehen, (Titel 6—15.) und die civilrechtlichen den Schluß bilden, weil in der Intestatsuccession das Prätorische Rechtselement durchaus überwog. — Es stehen also sowohl bei der testamentarischen wie bei der Intestatsuccession das civile und Prätorische Recht zusammen, um auch hierdurch die Verschmelzung Beider anzudeuten, nur geht bei dem ersten Theil das Civilrecht voraus, während es beim zweiten nachfolgt; und so kommt es, daß auch wieder alle Theile der b. p. bei einander stehen und mit seinem einleitenden allgemeinen Titel de bonorum possessionibus versehen werden konnten. Jedenfalls aber heißt, wenn hier in den einzelnen Pandektentiteln die Juristen von bonorum possessionem petere sprechen, dies nichts Anderes als: jure honorario succedere. Die Compilatoren konnten dies unverändert stehen lassen, da es allerdings wünschenswerth war, daß jeder Berufene in bestimmter Frist vor dem Richter die Erbschaft antrete, und man deßhalb keineswegs die Agnition für die Erlangung des definitiven Erbrechts direct aufgehoben hatte. Nur ist dabei festzuhalten, daß die Agnition nichts Nothwendiges mehr war, sondern das successionem quoque modo amplecti, wie es Justinian von den sui und emancipati sagt, nach den oben mitgetheilten Codex- und Novellenbestimmungen das allgemeine Recht aller Erbklassen geworden ist.

2. Der Ausdruck bonorum possessio hat aber in der Justinianeischen Compilation noch eine zweite engere, und dem grammatischen Sinne der Worte näher liegende Bedeutung. Er bezeichnet in gewissen Fällen lediglich: Besitz der Erbschaft, womit denn noch gar nicht positiv angegeben ist, welche materiellen Rechte mit diesem Besitze verknüpft seien, sondern

nur negativ darauf hingedeutet wird, daß dadurch noch keineswegs eine definitive successio ex jure Praetorio erworben sei, obgleich sich freilich ein auf andere Gründe gestütztes definitives Erbrecht sogleich oder später damit combiniren kann.

Es ist dies aber immer nur eine exceptionelle Bedeutung, welche im Gegensatz zu jener regelmäßigen lediglich da angenommen werden kann, wo sie sich von dem in Rede stehenden Fall bestimmt nachweisen läßt. Hieher gehören einestheils jene schon oben hervorgehobenen Nebeninstitute, die b. p. Carboniana, (ventris nomine) und furiosi nomine, von denen weiter unten noch mehr die Rede sein wird; anderntheils aber namentlich das Interd. quor. bon., welches als das Residuum des possessorischen Elementes der b. p. für alle Justinianeischen Erbklassen beibehalten wurde. Dies Interdict bildet das Schutzmittel für die b. p., soweit diese als ein selbständiges allen Erbklassen nützliches Institut in der Justinianeischen Compilation bestehen geblieben ist. Aus dem Satze, daß Justinian alle Erbklassen zu civilrechtlichen gemacht habe, folgt der andere ganz von selbst, daß nämlich jetzt für sie insgesammt das beneficium bonorum possessionis in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto cujus principium est: quorum bonorum uti possit; alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili [5]).

In diesem engeren durch das Interdict zusammengehaltenen Begriffe ist also das System der b. p. Alles was übrig bleibt, wenn man die definitive Erbberechtigung der ordinären Erbklassen sich hinwegdenkt, sie ist gar nicht mehr, wie früher eine Universalsuccession, bei der für Forderungen und Schulden noch besondere fictitiae actiones beständen, sondern sie gewährt nur den Besitz der corpora hereditaria, und die Erbschaftsgläubiger können gegen den possessor hereditatis nach den Regeln der l. 12 C. de petit. her. ihre Erbschaftsforderungen geltend machen. In dieser Gestalt bildet, wie man allerdings sagen kann, die b. p. noch immer ein gewissermaßen geschlossenes System, es gelten für sie die eigenthümlichen, durch die

---

5) Worte von Gaius III. 34.

civilrechtliche Antretung nicht ersetzbaren Agnitionsvorschriften. Justinian hat als den Weg, um zu dem Interdicte zu gelangen, unverändert für sämmtliche Erbklassen das **successorium edictum**, mit seinen Fristen und der Agnition vor einem Richter, recipirt. In dieser Hinsicht stehen also die sechs Hauptklassen, die wir oben als civilrechtliche anerkannt haben, rücksichtlich der possessorischen Geltendmachung ihres Erbrechtes noch immer als bon. possessiones contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, legitimi, cognati, und vir et uxor hintereinander; und wo etwa die ex jure novo Gerufenen nicht in eine dieser Klassen passen sollten, da hat Justinian durch die b. p. quibus ex legibus dafür gesorgt, daß sie mittelst dieses extraordinarium auxilium an der Stelle, wo sie überhaupt gerufen werden, auch zum Interdicte gelangen könnten. Deßhalb muß man sich denn auch, seitdem in Nov. 118 die drei Klassen der Descendenten, legitimi und Cognaten innerlich umgestaltet worden sind, die neuen Klassen der Novelle an den Platz der b. p. unde liberi, legitimi und cognati ins successorium edictum eingerückt denken, wenn auch damals vielleicht Niemand mehr diese Schlußfolgerung gezogen hat, weil der Gebrauch des Int. quor. bon. allmählig in Vergessenheit kam.

Hiernach stehen also die Justinianeischen Erbklassen in doppelter Hinsicht in einer Reihenfolge. Einestheils findet in Beziehung auf die Berufung zum eigentlichen definitiven Erbrechte in der Weise eine successio Statt, daß erst wenn in der früheren Klasse der Gerufene ausschlägt oder ohne anzutreten wegfällt, der folgenden Klasse die hereditas deferirt wird; dagegen wenn die frühere Klasse nur die für sie laufende Frist des successorium edictum verstreichen läßt, so ist ihr dadurch nichts als das Interdict verloren gegangen. Wenn daher nun die folgende Klasse zu rechter Zeit agnoscirt (oder schon im voraus inter alienas vices agnoscirt hat s. §. 153. Note 1.), so kann diese nur einstweilen als der wahrscheinlich Nächstberechtigte die corpora hereditaria erlangen. Unterläßt nun auch noch hintendrein die frühere Klasse die Erbantretung, so liegt dann auch zugleich in der Agnition der folgenden der Erwerb des definitiven Erbrechts (pro herede gestio §. 154. Note 2.).

Nimmt aber die frühere Klasse hintendrein noch die Antretung vor, so kann sie die **successionis vindicatio** anstellen, und dies ruft nicht mehr die alte **b. p. sine re** hervor, sondern es erscheint als gewöhnliche Einforderung der Erbschaft von einem **bonae fidei possessor**; denn die spätere Klasse, die die **b. p.** agnoscirt und mit dem Interdict gesiegt hatte, ist gar nicht **bonorum possessor** im regelmäßigen Sinn des Worts (d. h. **praetorius successor**), sondern sie gehört nur zu denen, welche nach der damaligen Ausdrucksweise, **putant se bonorum possessores esse** (§. 151. Nro. 3.), und steht denen ganz gleich, welche, zu einer späteren Klasse gehörig, schon vor dem Wegfallen des Näherberechtigten die **her. aditio** vorgenommen hatten, und also **putant se heredes esse**.

§. 162. Bis hieher scheint mir das (im vorigen §) Gesagte einfach verständlich und die nothwendige Schlußfolgerung aus unseren früheren Untersuchungen. Es erhebt *sich aber* nun noch eine Schwierigkeit, die freilich nicht geeignet ist, uns *an den* jetzt gewonnenen Resultaten irre werden zu lassen, die aber darum nicht minder eine große Schwierigkeit bleibt, weil die Compilation uns so wenig Hülfsmittel zu ihrer Lösung darbietet. Wir nehmen an, das **successorium edictum** ist von Justinian allgemein recipirt worden, um allen Klassen, auch der testamentarischen, das **beneficium** des **Int. quor. bon.** zugänglich zu machen. Dabei drängt sich denn nothwendig die Frage auf, wie sich hiezu gerade bei dieser testamentarischen Klasse die ebenfalls von Justinian recipirte **missio Hadriana** verhalte?

Wenn es mir vielleicht gelungen ist nachzuweisen, daß die Compilatoren sich im Allgemeinen bei der Reception des **successorium edictum** nicht in Widersprüche mit der *allen* Erbklassen zugestandenen civilrechtlichen Erbantretung verwickelt haben, so scheint doch hier dieser Vorwurf kaum umgangen werden zu können. In der **l. ult. C. de edicto divi Hadr. toll.** im Jahr 531 sagt Justinian, der **scriptus heres** soll sich beim **competens judex** melden, und wenn er ein äußerlich fehlerfreies Testament vorweist, so soll er **in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt** (offenbar

der corpora hereditaria), mittirt werden, auch soll er für dies Gesuch der missio nicht mehr in die Frist eines Jahres eingeschlossen sein. Und nun erkennt er doch in den Institutionen allgemein das successorium edictum als Bedingung für das Int. quor bon. an, womit man ja ebenfalls den Besitz der corpora hereditaria erlangt. Da also hierunter auch der scriptus heres begriffen ist, so liegt darin, dieser müsse nach Ablauf der Frist für die c. t. innerhalb 100 Tagen die b. p. vor dem Richter, der aber nicht der competente zu sein braucht, agnosciren, um die corpora hereditaria zu bekommen. Wie reimt sich dies? Wir haben hier in einem und demselben Fall zwei Rechtsmittel, die beide auf denselben Gegenstand gerichtet sind, und doch unter ganz entgegengesetzten Bedingungen stehen.

Was hier die Compilatoren eigentlich gewollt haben, ist, wie mir scheint, eine Frage die sich nicht beantworten läßt. Es ist sehr möglich, daß sie auf den hier vorhandenen Widerspruch gar nicht aufmerksam geworden sind, was dadurch sehr erklärlich wird, daß eigentlich nur die missio Hadriana in der Praxis fortgelebt zu haben scheint, das Interdict dagegen bald vergessen wurde. Vielleicht auch hat sich auf die Lösung dieser Frage eine griechische Constitution bezogen, die nach der Handschrift vom Monte Cassino (aus dem 10. Jahrh.) hinter unserer l. ult. C. de ed. divi H. toll. gestanden haben soll [1]).

Wir haben daher die Frage nur so zu stellen, wie nach den uns in der Compilation vorliegenden Daten am einfachsten das Nebeneinanderstehen beider Rechtsgrundsätze zu erklären sei. Wir haben uns dabei an das zu erinnern, was in dem dritten Buche über das Verhältniß der missio zum Interdict ausgeführt worden ist. Es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß in der vorjustinianeischen Kaiserzeit beide Rechtsmittel in Beziehung auf ihren Gegenstand (die Erlangung der corpora hereditaria) sich völlig gleich standen, daß von einem Unterschied, der früher zwischen einem Rechtsmittel auf missio in possessionem und einem Int. adip. possessionis bestand, gar nicht mehr die Rede war, und mithin das Interdict, soweit die missio reichte, verschwand. Die missio hatte die Idee der

1) s. die Note a zu dieser Stelle in der Herrmannschen Codexausgabe.

sec. tab. b. p. (Vorweisung eines äußerlich fehlerfreien Testaments) in sich aufgenommen, und so ist es einerlei, ob man sagt, die **missio** habe, soweit sie reichte, das Interdict aufgehoben, oder beide Rechtsmittel seien, so weit sie dasselbe Gebiet betreffen, in ein einziges zusammengeschmolzen. Kurz das Interdict bestand als ein selbständiges Rechtsmittel nur für die Intestatsuccession, höchstens auch noch für die Succession aus nuncupativen Testamenten, wenn man meint, daß für diese die **missio** nicht anwendbar gewesen sei (s. §. 138. 139.), was aber wohl kaum anzunehmen ist.

Es liegen nun nicht die geringsten Gründe vor, daß Justinian diesen Rechtszustand habe abändern wollen. Das Interdict geht unzweifelhaft auf die **corpora hereditaria**, und daß er die **missio** auf etwas Anderes als diese habe *richten* wollen, läßt sich aus Nichts beweisen. Man könnte die Worte der **l. ult. C. cit.: res quae testatoris mortis tempore fuerunt** enger verstehen und bloß auf dessen Eigenthums*sachen beziehen* wollen, aber dann wäre einestheils unerklärlich, *weßhalb* Justinian die übrigen **corpora hereditaria**, auf welche die **missio** bisher auch ging, hätte ausschließen wollen, und ferner steht entgegen, daß man jene Worte auch gerade beim **Int. quor. bon.** gewöhnlich zur Bezeichnung der **corpora hereditaria** gebrauchte (s. §. 144. Nro. 2.). Beide Rechtsmittel sind also auch im Justinianeischen Rechte in Beziehung auf den Gegenstand identisch, man fordert damit die **corpora hereditaria**, welche der Erblasser bei seinem Tode in Besitz hatte [2]). Fer-

2) Ich weiß nicht, was v. Löhr (Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. VI. S. 331.) dazu veranlaßt, den Zweck der missio für beschränkter zu erklären, als den des Int. quor. bon., obgleich er doch gerade auch annimmt, daß man mit jener *alle* **corpora hereditaria**, *die* der Erblasser **mortis tempore** besaß, fordere. — Von der andern Seite versucht neuerdings Gerau (Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. 20. S. 314–326) aus Scheingründen, die ich nach allem Bisherigen wohl nicht weiter zu widerlegen brauche, wiederum abzuleiten, daß beide Rechtsmittel, die **missio** und das Interdict, auf die ganze Erbschaft und nicht bloß auf die **corpora hereditaria** gingen. Auch werden beide Rechtmittel als **Interdicta** *duplicia*, bei denen jede Partei Kläger und Beklagter sein können, darge-

ner nun erkennt auch Justinian durch die Reception der **l. 19. C. de testam.** an, daß es der **b. possessio** für die **scripti heredes** nicht mehr bedürfe (s. §. 159. Note 1[a]), und zwar bedeutet das nicht bloß, daß sie auch ohne Agnition das Erbrecht sollen erwerben können (denn darauf hinzuweisen, wäre bei dem durch kaiserliche Constitution eingeführten **test. princ. oblatum** sehr unnöthig gewesen), sondern es zeigt an, daß es auch zur Erlangung des besonderen **beneficium** auf provisorische Besitzergreifung für die **scripti heredes** der Agnition nicht bedürfe, indem sie nämlich bloß die **pro herede gestio** oder **her. aditio** vorzunehmen brauchen, und sogleich die **missio** erbitten können (s. §. 138. Nro. 5.). Also auch in diesem Punkte haben wir das frühere Recht in der Compilation als fortbestehend anzunehmen, und so müssen wir denn für Justinians Zeit den Satz festhalten, daß, soweit die **missio** reicht, das **Int. quor. bon.** in derselben aufgegangen ist [3]). Hat doch auch wahrlich die **l. ult. C. cit.** nicht den Ton, daß man glauben könnte, Justinian erlaube dem **scriptus heres**, noch auf andere Weise, als er hier vorschreibt, den provisorischen Besitz der Erbschaftssachen zu erlangen; also namentlich, wenn er bestimmt, man müsse ein **testamentum non cancellatum etc.** vorweisen, um den Besitz zu bekommen, so kann man doch nicht annehmen, er erlaube dem **scriptus heres** auch, um zu demselben Ziel zu gelangen, die Agnition bei einem incompetenten Richter und hinterdrein die Anstellung des Interdicts, bei dessen Entscheidung der Richter dann gar nicht verpflichtet gewesen wäre, genau die Erfordernisse der **missio** (namentlich die **depositiones testium**) zu berücksichtigen.

Ich habe schon oben (§. 146) hervorgehoben, daß man es bei den Fragen über Verwandtschaft viel eher dem richterlichen Ermessen überlassen kann, wer der w a h r s c h e i n l i c h e Erbe ist, während bei den Testamenten bestimmte Regeln sein müssen, wann man sie als wahrscheinlich gültige anzusehen habe. Solche

---

stellt, (S. 305—314), wobei sich noch die Berufung auf die alte Erklärung des **fr. 3. §. 2. de interdict.** findet (Bd. I. S. 373)!

3) v. L ö h r nimmt a. a. O. (s. die vor. Note) das Interdict noch neben der **missio** als bestehend an.

hatte der Prätor für die sec. tab. aufgestellt, diese kamen durch die missio zuerst „ex more“, dann durch directe kaiserliche Aufhebung der b. p. sec. tab. (§. 139) außer Uebung, und an diese missio knüpft nun Justinian an; er will sie offenbar in ihrem bisherigen Gebiete bestehen lassen, will nun aber auch genaue unabänderliche Regeln geben, nach denen der Richter die wahrscheinliche Gültigkeit des Testaments zu beurtheilen habe.

Die l. un. C. cit. verhält sich also zu der allgemeinen Reception des successorium edictum, wie ein specielles Gesetz zum generellen. Es ist als ein modificirendes in das größere Fachwerk des successorium edictum einzufügen. Justinian erkennt in der Reihenfolge des successorium edictum die sec. tab. b. p. ganz entschieden an, da er nun aber dem scriptus heres die Agnition ganz erläßt (§. *159* Note l¹), und ihm in der l. ult. C. cit. genaue Vorschriften der Besitzergreifung giebt, so kann dies, wenn es sich nicht widersprechen soll, nur heißen: das Recht des scriptus heres auf *die provisorische* Besitzeseinweisung richtet sich für ihn persönlich eben nach diesen Vorschriften der missio, welche also an die Stelle der etwa abweichenden Regeln des Prätorischen Rechts treten, dagegen in Beziehung auf die Uebrigen, mit denen der scriptus in einer Reihenfolge steht, nimmt er ganz die Stelle ein, welche ihm das successorium edictum anweist. Er steht also hinter der für die c. t. b. p. laufenden Frist, und wenn diese unbenutzt verlaufen ist (oder aber, was am häufigsten der Fall ist, sich sogleich zeigen läßt, daß von derselben nicht die Rede sein könne), so kann er sein Recht auf die missio geltend machen. Seitdem Justinian dann durch seine Umgestaltungen des Notherbenrechtes die c. t. aufgehoben hat, fällt dieser Collisionsfall ganz hinweg, und der scriptus heres ist überhaupt der Erste, der ein provisorisches Besitzergreifungsrecht in Anspruch nehmen kann. Von der anderen Seite tritt er dann aber wieder mit den hinter ihm stehenden Intestatklassen in Collision, welche ein Recht auf das Int. quor. bon. nach Ablauf der für die sec. tab. b. p. anberaumten Frist haben. Dies findet auch noch nach der Nov. 118 Statt, denn die darin festgestellten Klassen sind nur innerliche Umgestaltungen der in den Institutionen anerkannten. Dem scheint nun aber zu widersprechen

chen, daß dem **scriptus heres** nach Justinians ausdrücklicher Erklärung sein Recht auf die **missio** in gar keine von selbst laufende Zeitfrist eingeschlossen sein soll. Indeß ist das keineswegs der Fall. Es ist kein Widerspruch, wenn man sagt, das Recht des **scriptus heres** sei an und für sich in keine Zeit eingeschlossen, aber es könne ihm durch einen anderen ebenfalls zur Besitzergreifung Berechtigten, wenn dieser in bestimmter Zeit zuvorkommt, entzogen werden. Es steht fest, daß die erste Intestatklasse, nach Ablauf von 100 Tagen für den **scriptus heres** mittelst Agnition der **b. p.** und des darauf gestützten Interdicts den Besitz erlangen kann. Geschieht dies, so verliert freilich der **scriptus heres** sein Recht auf Besitzergreifung, aber nicht direct dadurch, daß ihm seine Frist abgelaufen wäre, sondern dadurch, daß ein Anderer in der diesem zugestandenen Zeit ihm zuvorgekommen ist, er verliert sein Recht in Folge des unmöglich umzustoßenden Satzes, daß auf einen possessorischen Proceß nicht noch ein zweiter possessorischer, sondern lediglich ein petitorischer folgen kann (s. §. 147. Note 4). Im Uebrigen aber tritt es ganz klar hervor, daß der **scriptus heres** nicht in eine von selbst laufende Frist eingeschlossen ist, denn soweit lediglich seine Person und nicht das relative Verhältniß zu Anderen in Betracht kommt, da gelten nicht die Prätorischen Agnitionsregeln, sondern die Vorschriften der **missio**. Also wenn gar kein Intestaterbe hinter ihm steht, oder der vorhandene säumig ist, und das Interdict noch nicht angestellt hat, so kann der testamentarische ohne alle Einschränkung in 100 Tage oder 1 Jahr die **missio** erbitten, und vernichtet dadurch dem Intestaterben seinen Anspruch auf das Interdict, welches dieser aus der etwa schon vorgenommenen Agnition ableiten wollte, denn wo Zweien ein gleiches Recht auf Besitz zugestanden ist, da ist natürlich **melior conditio possidentis**, und bleibt dem Nichtbesitzer nur die **her. petitio** übrig.

Die **missio Hadriana** ist also nur als ein eigenthümlich gestaltetes Rechtsinstitut aufzufassen, welches man sich in die allgemeine Reihenfolge des **successorium edictum** an der Stelle der **sec. tab. b. p.** eingefügt denken muß. Dies Resultat ist das nothwendige Ergebniß, zu dem wir durch die Zusammenhaltung der beiden entschieden nebeneinander recipirten

Lehren gelangen, wir haben es also auch für das zu halten was die Compilatoren vernünftiger Weise, wenn sie überhaupt an die ganze Frage gedacht haben, allein gewollt haben können. Wie ich schon vorher sagte, die wahre Absicht Justinians läßt sich hier wohl nie recht constatiren, wir müssen uns begnügen festzustellen, was die Lehren selbst, die doch mit einander in vernünftigem Einklang stehen sollen, uns als Hülfsmittel der Vereinigung darbieten. Aber wir besitzen wenigstens eine einzige Aeußerung Justinians, die, obgleich höchst unbestimmt gehalten, doch am einfachsten gerade auf das zu deuten ist, worauf uns die bisherige Beweisführung geleitet hat. Die l. ult. C. cit. sagt:

> **mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tum in judicio competente causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur, et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit.**

Es ist freilich sehr zweifelhaft, wen Justinian unter diesem **contradictor** versteht, ich halte es noch immer für das Wahrscheinlichste, daß darunter der Gegner verstanden ist, welcher in dem bereits beendigten Missionsverfahren besiegt wurde, und dem nun nichts übrig bleibt, als die **her. pet.** anzustellen, wobei es denn darauf ankommt, wer von Beiden das bessere wahre Erbrecht (**potiora ex legitimis modis jura**) nachweist [4]. Jedenfalls ist so viel gewiß, daß in jenen Anfangsworten: **non autem legitimo modo ab alio detinentur** nicht auf diesen **contradictor** gedeutet wird, denn Letzterer soll ja gerade durch die Mission zuerst den Besitz verlieren (**antea detinens**) und ihn nur, wenn er **potiora jura ostenderit**, wiederbekommen, während umgekehrt jener **alius**, der die Sachen **legitimo modo detinet**, von dem die Mission Nachsuchenden nicht in Anspruch

4) v. Löhr a. a. O. S. 332. ist anderer Meinung

genommen werden soll. Wen kann nun Justinian hiemit haben bezeichnen wollen [5])? Einen Besitzer, welcher sich auf einen zu Lebzeiten des Testators begründeten Besitztitel stützt, kann er gar nicht meinen, denn er sagt ja, die Mission geht auf die Sachen, welche der Erblasser noch **mortis tempore** besaß, also der jetzige Besitzer kann sie dann nicht mehr von dem Erblasser selbst erhalten haben. Nach dem Tode des Erblassers aber nimmt man die Sachen eigenmächtig als **pro herede** oder **pro possessore possessor** in Besitz, und es ist wiederum nicht zu bezweifeln, daß man gerade gegen diese eigenmächtigen Besitzergreifer mit der **missio** siegt, daß sie also zu den **legitimo modo** Detinirenden, gegen welche die **missio** unzulässig sein soll, nicht gehören. Danach bleiben, so viel ich zu sehen vermag, nur noch zwei Fälle übrig, auf welche sich die fraglichen Worte beziehen lassen. Justinian kann damit diejenigen meinen, welche die Sachen vom **pro herede** oder **possessore possessor** durch ein gültiges Rechtsgeschäft erworben haben, oder aber auch die, welche die Erbschaftssachen nicht eigenmächtig, sondern in Folge besonderer Autorisation in Besitz nehmen. Darunter aber sind dann nur andere Erbschaftsprätendenten zu verstehen, welche bereits mittelst des Interdicts gesiegt haben, und also aus dem richterlichen Spruch die Legitimation ihres Besitzes ableiten (**legitimo modo detinent**). Beide Deutungen sind an und für sich gleich möglich, aber vielleicht kann man sagen, daß es dem Justinian näher lag, an das Letztere als an Ersteres zu denken. Jedenfalls ist es vollkommen denkbar, daß er hier in der That auf das hingedeutet hat, was wir vorher auf dem Wege der inneren Argumentation schon gefunden haben. Da in der Compilation den übrigen Erbklassen nach den Regeln des **successorium edictum** das Interdict zugestanden worden ist, da aber keine zwei possessorische Processe hintereinander vorkommen können, so müssen wir, auch wenn jene fraglichen Worte nicht darauf hindeuteten, an dem Satze festhalten, daß die **missio** des testamentarischen Erben nur so weit bestehen kann, als dies ohne Beeinträchtigung des Rechts der übrigen Klassen möglich ist.

5) v. Löhr S. 330. läßt diese Frage unerklärt.

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Theile der bon. poss.

§. 163. Die Resultate des vorhergehenden Kapitels zerfallen in zwei Hauptsätze. In Beziehung auf die Wirkungen der erworbenen b. p. hat Justinian durchaus das schon früher begründete Recht bestehen lassen (Nro. I—III.), wonach bereits eine völlige Ausgleichung mit der hereditas Statt gefunden hatte. Dagegen in Beziehung auf die Delation und Erwerbung der b. p. enthält die Justinianeische Compilation eine wesentliche Fortbildung des früheren Rechtes. Die Prätorischen Erbklassen sind in das Civilrecht aufgenommen, also mit unter die civilrechtlichen Delations- und Acquisitionsregeln gestellt worden. Dagegen die Prätorischen Delations- und Acquisitionsregeln bestehen noch, um einestheils allen Erbklassen das possessorische Rechtsmittel auf die corpora hereditaria zugänglich zu machen, anderntheils für einzelne besondere Nebeninstitute der b. p. (Nro. IV.)

Nachdem diese allgemeinen Grundsätze festgestellt worden sind, müssen wir noch näher auf die Gestalt der einzelnen Theile in der Compilation eingehen, um die Folgerungen zu ziehen, welche uns jene allgemeinen Grundsätze darbieten. Wir werden hiebei in den ersten Punkten sehr kurz sein können.

I. Die ordinären ins Civilrecht recipirten Erbklassen.

§. 164. Wir gehen diese in der Reihenfolge des Notherbenrechtes, der testamentarischen Succession, und der Intestaterbfolge nur flüchtig durch, da ihre Stellung im vorhergehenden Kapitel schon genügend ausgeführt worden ist. Nur die mittlere wird uns etwas länger beschäftigen.

1. Das Notherbenrecht der **sui** und **emancipati**, wenn sie nicht gehörig instituirt oder exheredirt waren, ist bekanntlich in der eigentlichen Compilation (Institutionen, Pandekten und Codex) entschieden anerkannt, und es wird nur darüber gestritten, ob es nicht durch die spätere Novellengesetzgebung aufgehoben sei. Ich kann auf diese in neueren Zeiten so viel besprochene Frage hier nicht weiter eingehen; freilich bin auch ich der Ansicht, daß Justinian das formelle Notherbenrecht durch seine späteren Gesetze völlig vertilgt hat, eine Ansicht, die schon die Basilikenscholiasten so constant anerkannt haben [1]), aber es lassen sich zur Vertheidigung derselben vielleicht noch gewichtige Gründe anführen, die bisher nicht benutzt worden sind. Es würde mich dies indeß so sehr in andere Lehren hinüberführen, daß es unräthlich ist, sie diesem Werke einzuverleiben.

2. Die testamentarische Succession. Es ist eine im langen Lauf der Jahrhunderte bei der Mehrzahl der Schriftsteller sich wiederholende Ansicht gewesen, daß freilich die Prätorischen Testamente zu Civilrecht erhoben worden seien, nichts destoweniger aber in Beziehung auf die weiteren Rechtsregeln der testamentarischen Succession bei allen Abweichungen des Prätorischen vom Civilrecht noch immer die Agnition der **b. p. sec. tab.** eine Vorschrift des practischen Rechtes sei [2]). Hier

1) Man vergleiche Heimbachs Basiliken IV. p. 16. p. 27. p. 40. p. 43. 44. p. 141. p. 161. p. 163. p. 191.

2) Ich citire auch hier einstweilen nur einige neuere Schriftsteller, und verweise in Beziehung auf die Uebrigen auf das fünfte Buch. Koch, b. p. S. 188. u. S. 352. (Er findet es nicht nöthig, die einzelnen Fälle der Abweichung anzugeben, und verweist dafür auf **Stryk**.) Höpfner Commentar. §. 660. (Nach einer Aufzählung der einzelnen Fälle sagt er: „es ist also ein grober Irrthum, wenn man sich einbildet, daß die Lehre von der b. p. keinen praktischen Nutzen habe.") Thibaut Pandekten (8. Aufl.) führt die einzelnen Fälle

soll gerade (abgesehen von der b. p. unde vir et uxor) de wenn auch enge Boden vorhanden sein, auf dem die b. p. noch heutzutage besteht.

Wir müssen aber die Frage in zweie theilen, erstlich ob in der Justinianeischen Compilation das Prätorische Recht der sec. tab. b. p. noch abgesondert vom Civilrecht beibehalten worden sei, und zweitens, wenn dies auch der Fall wäre, ob noch unser heutiges Recht hierin das Justinianeische anerkenne. Die zweite Frage werden wir in dem folgenden Buche prüfen, ich mußte sie nur hier schon hervorheben, um gleich zu bemerken, daß die meisten Schriftsteller wenn sie Etwas als Justinianeisches Recht anerkennen, es auch zugleich ohne weitere Untersuchung unserem practischen Rechte vindiciren. Wenn sie also den Worten nach häufig die zweite Frage zu *beantworten* scheinen, so haben sie doch in der That (da sie an die Möglichkeit einer Rechtsänderung gar nicht denken) nur jene *erste*, die uns hier beschäftigt, vor Augen.

Für diesen Satz nun, daß alle eigenthümlichen Prätorischen Regeln der testamentarischen Succession noch in der Justinianeischen Compilation streng vom Civilrecht zu scheiden seien, sind niemals besondere Gründe weiter vorgebracht worden, vielmehr hat man ihn nur als sich von selbst ergebende Folge aus der oben schon (§. 154. Note 1.) erwähnten Ansicht abgeleitet, daß die b. p. als ein geschlossenes System recipirt worden sei. Wo daher es in den Pandekten von Jemandem, den das Civilrecht ausschließt, heiße: b. p. petere potest, da sei ihm dies denn auch der einzige Weg um zur Erbschaft zu gelangen, m. a. W. die sec. tab. b. p. sei in allen diesen Fällen necessaria. Aber dieser Ausdruck b. p. petere potest beweist gar nichts, die Compilatoren konnten ihn, auch wenn sie das Prätorische Recht ganz ins civile aufnehmen wollten, unbedenklich und ohne Mißverständniß zu fürchten, stehen lassen. Die Agnition der b. p. besteht ja noch fortwährend im Justinianeischen Rechte, sie ist eine besonders formelle Art der Erbantretung, die die pro herede

---

an verschiedene Orte zerstreut auf §. 891. 945. 954. 956. 966. 969. 975. 478. Mühlenbruch Pandekten erwähnt mehre Fälle im §. 650. 780. 782. 783. Göschen Vorlesungen V. §. 990. Puchta Pandekten §. 462. 475. 483.

gestio involvirt, die aber auch gerade, wie wir aus Justinians Constitutionen ersehen, durch diese **pro herede gestio** ersetzt werden kann. Justinians Compilatoren ließen jenen Ausdruck stehen, weil sie überhaupt im ganzen **Corpus juris** die **b. p.** so behandeln, daß man noch allenthalben die früheren Zustände der Prätorischen Jurisdiction wiedererkennen kann. Aber darin liegt gar kein Gegengrund, daß man nicht, ebenso wie in der Intestatsuccession die Prätorischen Erweiterungen mit den übrigen Elementen zu einem Civilrecht zusammengeflochten sind, so auch in der testamentarischen Succession die freieren Grundsätze des Prätors ganz als Theil des Civilrechts aufzufassen hätte, also auch, wenn es gleich heißt: **b. p. petere potest**, dennoch die Agnition durch civilrechtliche Antretung ersetzen könnte. Justinian hat die **sec. tab. b. p.** allgemein zu einer **necessaria** erhoben, und daß dies ganz etwas Anderes heißt, als was man heutzutage darunter versteht, ist oben entwickelt worden. Außerdem ist ja aber bei der testamentarischen Succession noch um so weniger von einer Nothwendigkeit der Agnition zu reden, da sie auch in Hinsicht auf das besondere **beneficium** der provisorischen Besitzeinweisung schon vor Justinian hinweggefallen und durch die **missio** ersetzt worden war, und es liegt, wie wir gesehen haben (§. 162.), kein Grund für die Annahme vor, daß Justinian diesen Rechtszustand wieder verändert habe. Das Resultat ist hiernach, daß, wenn wir in den Pandekten lesen: **b. p. petere potest**, dies so viel heißt als: **praetorio jure succedere potest**, wodurch uns also eine Hinweisung auf den historischen Ursprung des fraglichen Satzes aus der **Praetoria jurisdictio** gegeben wird, ohne daß wir aber deßhalb in solchen Fällen nicht ebenso wie in allen anderen den Erbprätendenten auch durch **her. aditio** zum definitiven Erbrecht gelangen lassen müßten. —

Es bleibt uns jetzt noch übrig, die einzelnen Fälle namhaft zu machen, in denen durch Reception der freieren Prätorischen Grundsätze die testamentarische Succession erweitert worden ist. Frühere Schriftsteller sind bei dieser Aufzählung nicht immer mit großer critischer Sorgfalt verfahren.

a) Zuerst muß hervorgehoben werden, welche Bedeutung in der Justinianeischen Compilation jene vier Fälle der vitiösen Te-

stamente haben, in denen der Prätor trotz der civilrechtlichen Nichtigkeit sec. tab. b. p. gegeben hatte, (Buch II. Kap. 1 also das testamentum non jure factum, ruptum (wegen e nes vor dem Erblasser wieder gestorbenen postumus), irritum und das in Folge des Abstinirens eines präterirten suus a recht erhaltene Testament. Für einen fünften Fall (nämlich wenn ein präterirter filius jam natus vor dem Erblasser ve starb) hat, wie im §. 108 nachgewiesen ist, nie ein Prätorische Schutz bestanden, der denn auch von Justinian nicht recipi werden konnte, und also nicht erst durch die Gesammtaufhebung des formellen Notherbenrechtes wieder weggefallen ist.

In Beziehung auf das non jure factum test. ist e nicht zweifelhaft, daß sich daraus das Prätorische Testament entwickelt hat, welches Justinian, mit Zurückdrängung des ci len schriftlichen, als die allgemeine regelmäßige Testamentsform anerkannt hat (s. §. 133.). Die Ansicht Kochs: daß noch ne ben diesem auf l. 21. C. de test. gestützten Testamente auch aus einer bloß septem testium signis signirten Urkunde ein sec. tab. b. p. gegeben werden müsse, weil dies ja doch in den Pandekten stehe [3]), — diese Ansicht ist so schwach, daß ich mich nicht weiter darauf einzulassen brauche [4]).

Das testam. ruptum hatte schon durch Hadrians Rescript (§. 110. Nro. 2) den Charakter eines vitiösen Testaments verloren, nur bestand die Eigenthümlichkeit fort, daß der Eingesetzte, um zur Erbschaft zu gelangen, die b. p. nothwendig agnosciren mußte. Da nun dies in der späteren Kaiserzeit allen testamentarischen Erben erlassen wurde, so verschwand damit aller Unterschied von den gültigen Testamenten, und wir können sagen, ebenso wie das non jure factum zum vollgültigen Testament erhoben worden ist, so wird auch ein Testament durch einen postumus, der vor dem Erblasser wieder wegfällt, gar nicht mehr afficirt. Daß die Institutionenverfasser hievon eine ganz klare Anschauung gehabt haben, sehen wir aus dem §. 6. I. quib. mod. test. infirm., wo eben dies non jure

3) s. z. B. fr. 7. de b. p. sec. tab. — „sufficit ad b. p. dandam, septem testium signa comparere".

4) Koch b. p. §. 25. s. dagegen schon Höpfner Commentar. §. 600. Nov. 1. Weber Erl. der Pand. nach Hellf. II. S. 309.

factum und **ruptum test.**, von denen Gaius II. 147 sprach, gestrichen worden ist, so daß nur noch das **irritum testamentum** übrig bleibt.

Für dies **irritum test.** scheint nun aber doch Justinian das frühere Recht unverändert recipirt zu haben, so daß also die Agnition der **b. p.** in diesem Falle noch immer eine Nothwendigkeit wäre? Keineswegs. Wenn dies der Grund für die Aufnahme jenes §. 6. cit. wäre, so müßte ja die Nothwendigkeit der Agnition auch noch für das **ruptum** aus **fr. 12. de inj. rupto test.** gefolgert werden, und dann hätte Justinian auch in dem §. 6 das **ruptum** nicht wegstreichen können. Der Grund, um dessentwillen man von den drei Fällen nur das **irritum** in die Institutionen aufnahm, ist vielmehr ein anderer, wie er sich aus dem **fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab.** und meiner früheren Darstellung (§. 107.) von selbst ergiebt. Das **irritum** ist nicht durch späteres Kaiserrescript zu einem absolut gültigen Testament geworden, es ist stets und so auch unter Justinian ein vitiöses aber freilich **non per omnia inutile testamentum** geblieben, wenn gleich für alle drei Fälle die Nothwendigkeit der Agnition weggefallen ist. Es gilt für das **irritum** noch immer jene ursprüngliche Prätorische Rechtsregel, und dies deuten eben die Institutionenworte an: **potest scriptus heres sec. tab. testamenti b. p. agnoscere**, d. h. der **scriptus** kann aus diesem **non per omnia** ungültigen Testamente unter gewissen Voraussetzungen **praetorio jure** succediren. Wie dies geschehe, wird in diesem §. 6 nicht weiter auseinandergesetzt, wir ersehen es aber aus jenem **fr. 11. §. 2. cit.**, worin die Prätorische Rechtsregel weiter entwickelt wird. Das Testament ist hiernach heutzutage noch immer **per exceptionem** ungültig; **scriptus heres si possessionem petat** (d. h. jetzt: wenn er auch die **her. pet. possessoria** anstellt) **exceptione doli mali summovebitur**; — also nur wenn er selbst der nächste Intestaterbe ist, so erhält er auf alle Fälle das Vermögen. Wo nicht, so kommt es darauf an, ob entweder keine Intestaterben vorhanden sind, die ihm die **doli exc.** entgegensetzen, oder ob der Testator, nachdem er wieder **sui juris** geworden war, das Testament noch einmal anerkannte, denn dadurch wird die **doli exceptio** der Intestaterben vernichtet. War aber

der Testator vor seinem Tode gar nicht wieder sui juris geworden, so kann das Testament nicht bloß in den angegebenen Fällen per exceptionem vernichtet werden, sondern es ist (weil sich hierauf jener Prätorische Schutz gar nicht bezieht) ipso jure ungültig [5]).

Ueber das wegen Abstention eines präteritten suus ungültige Testament habe ich nichts weiter zu bemerken. Das im §. 109. darüber Gesagte gilt auch noch als Justinianeisches Recht, es ist ein jure Praetorio aufrecht erhaltenes Testament, nur daß der darin Eingesetzte nicht nothwendig der Agnition der b. p. bedarf. Indeß ist dies noch wesentlich wieder umgestaltet worden durch das Notherbenrecht der Nov. 115.

b) Ein fernerer Fall, in welchem das Recht der testamentarischen Erben durch den Prätor erweitert wurde, ist, daß dem unter einer Bedingung eingesetzten Erben in gewissen Fällen der Besitz der Erbschaft schon vor Eintritt der Bedingung gegen Caution eingeräumt wird. Diese Regel ist entschieden von Justinian recipirt [6]), aber auch hier haben wir nur das Materielle der Regel als bestehend anzunehmen, die formelle Vorschrift, daß er nothwendig sec. tab. agnosciren müsse, ist unter Justinian weggefallen. Der Erbe gelangt also bei casuellen Bedingungen heutzutage ebenso zur Erbschaft, wie bei den conditiones non faciendi durch die Cautio Muciana, er kann

5) Ich glaube, daß ich für das im Texte Gesagte keine weiteren Beweise hinzuzufügen brauche. Es ist das einfache Resultat, wenn man sich das im §. 107 Ausgeführte mit den Grundsätzen des Justinianeischen Rechtes combinirt, weßhalb mir denn auch das von Puchta Pand. §. 462. Note f. über diesen Fall Bemerkte mehrfache leicht erkennbare Mißverständnisse zu involviren scheint. Von einer b. p. cum und sine re kann nicht mehr die Rede sein, aber auch wenn wir diese Ausdrücke einmal mit Puchta beibehalten wollten, so ist weder das Testament allgemein cum re gegen die Intestaterben, noch auch umgekehrt nur dann (was Puchta vorzuziehen scheint), wenn der Eingesetzte der nächste Intestaterbe ist.

6) fr. 5. pr. §. 10. 12. de b. p. sec. tab. fr. 8. pr. de stip. praetor. Wie sich die Gränzen dieser Caution zu der cautio Muciana verhalten s. d. Puchta Pand. §. 475. Uebrigens braucht heutzutage die Prätorische Caution nicht mehr nothwendig, wie Puchta sagt, eine fidejussorische zu sein. Mühlenbruch Commentar Bd. 41. S. 192.

mithin, wenn er nur Caution leistet, ohne weitere Agnition, durch missio Hadriana, hereditatis petitio, oder auch (wenn noch Niemand Besitz ergriffen hat) eigenmächtig den Besitz erlangen. Es ist wohl zu bemerken, daß man, ganz abgesehen von unserem allgemeinen Grundsatz über die Unnöthigkeit der Agnition bei den Prätorischen Erweiterungen, hier schon deßhalb mit Unrecht von einem Fall der s. g. b. p. necessaria gesprochen hat, weil auch schon zur Zeit der klassischen Juristen der Prätor seine Regel auf das Civilrecht übertrug, also den scriptus, wenn dieser auch nur eigenmächtig den Besitz ergriffen hatte, gegen Leistung der Caution im Besitze ließ [7]).

c) Wenn Jemand von zwei hintereinander errichteten Testamenten das zweite in der Absicht vernichtet, um das erste wieder gelten zu lassen, so bleibt freilich nach den Grundsätzen des Civilrechts dies erste nichts destoweniger nichtig, aber der Prätor erhielt es aufrecht, indem er es für eine juris scrupulositas erklärte, mehr als den erweislichen Willen des Testators zu fordern, daß er das erste Testament wieder gelten lassen wollte. Denn es mußte ja doch auch nach Civilrecht gelten, wenn er mit jenem ersten Testament, ohne das Geringste daran zu verändern, nur noch einmal dieselben Formalitäten vornähme, und hieran festzuhalten scheint dem Prätor unnöthig. Er erklärte demnach auch hier, daß die voluntas quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligitur, und das Testament wird in derselben processualischen Weise aufrecht erhalten, wie jenes testamentum irritum, mit dem es auch der Römische Jurist zusammenstellt [8]). Der Gegner kann sich nämlich mittelst der doli exceptio darauf berufen, das erste Testament sei trotz der Kassirung des zweiten nichtig, aber wenn der Kläger nun beweist, daß das zweite in der Absicht, das erste gelten zu lassen, vernichtet sei, so wird dadurch die Exception ebenso wie jene aus der Arrogation hergenommene vernichtet, also das Testament ist nach Prätorischem Rechte gültig, und nach unserem

---

7) fr. 12. 13. qui satisdare cogantur. Dies hängt mit dem Verfahren zusammen, welches der Prätor bei positiven Potestativbedingungen kraft seiner Machtvollkommenheit auch gar nicht bloß für bonorum possessores beobachtete, fr. 23. de her. inst. §. 114. Note 9.

8) fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab.

allgemeinen Grundsatze braucht denn auch der Eingesetzte zu nicht nothwendig b. p. zu agnosciren 9).

d) Der Prätor befolgte im Uebrigen den Satz, daß die supremae tabulae allein in Betracht kämen 10), und dies stimmte ganz mit dem Civilrecht überein. Dagegen wenn zwei gleichzeitig errichtete Testamente vorhanden waren, so gab er aus beiden zusammen eine sec. tab. b. p. 11), und indem Justinian diesen Satz aufnimmt, ist dies also nicht mehr ausschließlich an die Agnition der b. p. geknüpft.

e) Andere Erweiterungen der testamentarischen Succession, welche, als dem älteren Civilrecht fremd, Justinian aus der Prätorischen Jurisdiction recipirt habe, sind freilich noch mehrfach angeführt worden, lassen sich aber aus den Quellen nicht erweisen. So meinte man, der Prätor habe ein durch Präterition des Sohnes nichtiges Testament, in Folge des von Letzterem schon bei Lebzeiten des Erblassers erklärten Erbverzichtes aufrecht erhalten 12), und ebensowenig ist auch wohl, wie Thibaut anzunehmen scheint, in der Regel des Prätors etwas Besonderes dem Civilrecht Unbekanntes zu finden, daß man nämlich Anspruch auf die testamentarische Succession habe, sobald man nur die Existenz und den Inhalt des nachher verlo-

---

9) s. auch Mühlenbruch Commentar. Bd. 38. S. 480.

10) fr. 1. §. 1. de b. p. sec. tab.

11) fr. 1. §. 6. eod. s. darüber Mühlenbruch a. a. O. — Wenn zwei Testamente vorhanden sind, die gar nicht erkennen lassen, welches später sei, so sind sie wohl ebenfalls als gleichzeitige zu behandeln. Der Erblasser ist freilich nicht verpflichtet, die Errichtungszeit im Testamente anzugeben; aber wenn er uns gar keine Mittel angiebt, zu erkennen, welches das spätere sei, so ist es doch das Natürlichste anzunehmen, er werde überhaupt nicht den Willen gehabt haben, das Eine durch das Andere aufzuheben. Er hätte deutlich sich darüber ausdrücken sollen, also wo wir gar keine Anhaltspunkte haben, welcher sein letzter Wille sei, nehmen wir in Folge des favor testamentorum nicht beide Testamente als ungültig, sondern beide als einen letzten Willen an.

12) Höpfners Institutionen-Commentar §. 660. Nr. 4. s. dagegen Francke N. C. R. S. 112. Thibaut Pandekten §. 969. Nr. 7. (d. 8. Aufl.).

en gegangenen Testamentes für das mortis tempus nachwei-
en kann [13]).

3. Die Intestatsuccession. Die gewöhnliche Ansicht ist, daß die vier Klassen der b. p. an und für sich unverändert in die Justinianeische Compilation recipirt seien, daß dann erst die Novelle 118 die drei ersten aufgehoben, und Civilrecht an die Stelle gesetzt habe, also die b. p. unde vir et uxor die einzige noch ganz wie früher lediglich auf der Prätorischen Jurisdiction ruhende Erbklasse sei. Wie wenig hiermit die durch die gesammte Compilation hervorleuchtende Absicht, das Prätorische Recht nicht mehr als ein selbständig abgeschlossenes bestehen zu lassen, vereinbar ist, habe ich im vorigen Kapitel ausgeführt. Ich muß hier nur noch kurz eines Punktes gedenken, bei dem sich ebenso wie bei der b. p. unde vir et uxor das Streben vieler Schriftsteller zeigt, so viel wie möglich einzelne kleine Ueberreste der alten b. p. hervorzuziehen, um doch wenigstens in einigen verhältnißmäßig unbedeutenden Fällen eine directe „practische“ Anwendbarkeit des Prätorischen Systems zu rechtfertigen. Ich meine nämlich die vielbesprochene Frage über die Bedeutung der l. 3. C. unde liberi in der Justinianeischen Compilation [14]). Man hat aus ihr ein besonderes Prätorisches beneficium abgeleitet, welches auch noch heutzutage neben der Novelle 118 bestehen soll, eine b. p. extraordinaria, welche necessaria sei, wonach der Großsohn die Erbschaft seines Vaters, wenn diese mit Schulden überlastet sei, ausschlagen, und dennoch die vom Vater schon erworbene Erbschaft des Großvaters annehmen dürfe [15]). Ich halte es nicht für nöthig, hier noch weiter auszuführen, daß

---

13) fr. un. si tab. test. exstab. fr. 1. §. 3. de b. p. sec. tab. f. Thibauts Pandekten §. 891.

14) Sie ist bekanntlich aus l. 5. Th. C. de matern. bon. (8. 18) interpolirt.

15) f. z. B. Koch b. p. S. 279. u. 353. — dagegen v. Löhr Magazin III. S. 247—249. — Thibaut Pand. II. §. 868 geht einen gar nicht zu rechtfertigenden Mittelweg zwischen beiden Ansichten. Es sei keine b. p. extraordinaria, die großväterliche Erbschaft müsse dem Vater angefallen, aber noch nicht durch positive Handlungen unwiderruflich erworben sein; dann aber sei es ein besonderes noch nach

dies in der Stelle nicht steht, und nur mit der willkührlichsten Interpretation daraus gefolgert werden kann. Viel eher ist die andere Ansicht zu billigen, welche Koch verwirft, die aber heutzutage von Vielen angenommen wird, daß Justinian durch die völlig umgestaltende Interpolation jener l. 5. Th. C. de mat. bon. habe andeuten wollen, es solle in der aus altem Civilrecht, Prätorischem und Constitutionenrecht zusammengeschmolzenen Klasse der sui und der, qui suorum loco sind, eine graduum possessio bestehen [16]). Vor Justinian war, wie oben (§. 103 am Ende) ausgeführt ist, diese graduum successio bei der b. p. unde liberi undenkbar, umgekehrt aber läßt sich, obgleich ich das hier nicht weiter begründen kann, aus der Nov. 118. nachweisen, daß Justinian in allen Klassen eine graduum successio anerkannte. Da nun, wie ich im vorigen Kapitel gezeigt habe, schon vor der Nov. 118 alle regelmäßigen Erbklassen zu civilrechtlichen erhoben worden waren, da sie alle durch ordinum successio verbunden sind, da auch in der Agnatenklasse eine graduum successio eingeführt ist [17]), so ist es durchaus das Wahrscheinlichste, daß er sie auch für die Descendentenklasse gelten lassen wollte, und jedenfalls kann die l. 3. C. cit. ungezwungen in diesem Sinn gedeutet werden. Die erste Intestatklasse, wie sie in den Institutionen erscheint, enthält durchaus schon die Ideen, die dann nur in der Nov. 118 noch klarer ans Licht treten, und es ist daher nicht glaublich, daß Justinian noch an dem alten Satze festgehalten hätte, es sollten nur die, welche mortis tempore ohne Mittelsperson sich an den Erblasser anknüpfen, als Descendenten zur Succession gerufen werden, wogegen die Uebrigen nur in der dritten Klasse, der successio cognatorum, Anspruch auf die Erbschaft machen könnten.

II. Die Delations- und Acquisitionsregeln des Justinianeischen Civilrechts.

§. 165. Die ordinären Erbklassen, die Justinian aus Ci-

---

der Nov. 118 bestehendes beneficium des Prätors, daß der Enkel die Erbschaft des Großvaters annehmen, die des Vaters ausschlagen dürfe.

16) s. v. Vangerow Leitfaden II. §. 407 am Ende.

17) §. 7. I. de legit. agnat. succ.

vilrecht und Prätorischem zusammenschmolz, wurden, wie im vorigen Kapitel weitläuftig nachgewiesen ist, unter die civilrechtlichen Grundsätze von Delation und Acquisition der hereditas gestellt. Ich brauche deßhalb hier nicht weiter dabei zu verweilen. Justinian nimmt für alle Erbklassen allerdings eine **ordinum** (und in manchen Klassen auch eine **graduum**) **successio** an, und die Idee davon hat er freilich dem **successorium edictum** entlehnt, aber sie ist doch wesentlich umgestaltet, und zu einer eigenen civilrechtlichen **successio** geworden. Der folgende Grad, die folgende Klasse wird nicht nach Ablauf einer bestimmten Zeit gerufen, sondern erst **si nemo exstat, qui successionem quoquo modo amplectatur.** Der Vorhergehende ist nicht durch eine **ipso jure** laufende Frist, deren Ablauf ihm sein Erbrecht entzöge, gebunden, er steht nur unter den Beschränkungen, die ihm durch das **spatium deliberandi** und die Inventarsfrist auferlegt sind. Wer aber überhaupt antreten will, kann, wie Justinian so entschieden voraussetzt, **successionem quoquo modo amplecti** d. h. durch **hereditatis aditio** (so wird jetzt im engeren Sinne die formlose Willenserklärung gewöhnlich genannt) oder **pro herede gestio** oder auch durch **bonorum possessionis agnitio.** Die letztere ist jetzt im Gegensatz der civilrechtlichen Antretung die formellere solenne Handlung geworden, welche ganz als **pro herede gestio**, also als definitiver Erbschaftserwerb gilt, aber auch dazu dienen kann, dem Erbittenden noch ein besonderes **beneficium** zu gewähren.

Während also die civilrechtliche Antretung hiernach als die einfachere freiere Handlung erscheint, so ist doch die Frage, ob nicht in einem Punkte das umgekehrte Verhältniß auch noch unter Justinian bestehen geblieben sei, nämlich in Beziehung auf die Vornahme dieser Handlung durch Stellvertreter. Bei diesem wichtigen Punkte müssen wir noch länger verweilen.

Es ist bekannt, daß die **b. p.** von jeher durch Stellvertreter agnoscirt werden durfte, während die früher allgemeine Antretungsform des Civilrechts, die **cretio**, (§. 135. Nr. 3.) dieselben als ein **actus legitimus** entschieden nicht zuließ, sowie sie denn auch nicht an Zeit und Bedingung geknüpft wer-

den konnte [1]). Hat nun Justinian, der die cretio aus allen Stellen des Corp. jur. streicht, und lediglich die pro herede gestio und die formlose her. aditio anerkennt, der daneben die formellere Agnition der b. p. nur zur beliebigen Auswahl des Berufenen bestehen läßt, — hat er den alten Unterschied zwischen der b. p. und cretio beibehalten, indem er die Unzulässigkeit der Stellvertretung von der letzteren auch auf die ganz freie und formlose her. aditio übertrug?

Diese Frage wird gewöhnlich heutzutage ganz entschieden bejaht [2]), und es wird wohl Niemand leugnen, daß mit einer solchen Antwort man in einen directen Widerspruch mit dem geräth, was das praktische Leben als eine vernünftige Rechtsbildung fordert. Es ist unverkennbar, daß in gewisser Weise die Stellvertretung bei der Erbschaftsantretung als eine Nothwendigkeit erscheint, weßhalb denn auch, wie wir sehen werden, die Praxis da, wo das Justinianeische Recht nicht auszureichen schien, sich selbst geholfen hat. Es hat daher großes Interesse, zu untersuchen, ob in der That das Justinianeische Recht die den Lebensbedürfnisse widersprechenden Fesseln enthält, und ob sich nicht feste wissenschaftliche Regeln finden lassen, die, aus dem Wesen der Sache hervorgehend, unserem heutigen Gewohnheitsrechte entsprechen. Obgleich wir in diesem Buche nur erst die Justinianeische Compilation untersuchen, wird es doch passend sein, das spätere deutsche Gewohnheitsrecht in diesem Punkte gleich damit zu verknüpfen.

Ich muß bei dieser Frage auf eine Unterscheidung zweier Punkte aufmerksam machen, die man, wie mir scheint, bisher nicht genug hervorgehoben hat. Wir können uns nämlich einerseits eine Menge von Fällen denken, in denen wir eine Stellvertretung bei der Erbantretung für unzulässig erklären müssen, nicht weil eine specielle willkührliche Vorschrift des positiven

---

1) fr. 77. de regul. jur. — Wir werden im Verlauf der Darstellung sehen, daß die Frage über die bedingten Erbantretungen mit der über die Zulässigkeit von Stellvertretern im genauen Zusammenhange steht.

2) s. Averanius Interpr. jur. I. 12. Thibaut Pand. (8. Aufl. §. 869) Mühlenbruch Pandekten §. 702. Commentar Bd. 42 S. 396 ff. Puchta Pand. §. 497.

Rechtes uns darüber vorliegt, sondern schon deßhalb weil die Grundprincipien unseres Erbrechts mit Nothwendigkeit eine solche Antwort fordern. Andererseits giebt es aber wieder eine Reihe anderer Fälle, die sich lediglich aus der positiven Gestalt der cretio im Römischen Rechte erklären, welche als ein actus legitimus Vielerlei nicht zuließ, was, sobald die Erbantretungshandlung von diesem starren civilrechtlichen Charakter entkleidet wird, keinen Sinn mehr hat. Wir können diesen Gegensatz sogleich an dem Unterschiede erkennen, welcher zur Zeit der klassischen Juristen zwischen der cretio und b. possessionis agnitio bestand, indem natürlicher Weise bei Letzterer nur die Schranken anerkannt zu werden brauchten, die das Grundwesen des Erbrechts von selbst mit sich brachte.

Zu den für unsere Frage in Betracht kommenden allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts gehören namentlich folgende. Das Erbrecht ist ein höchstpersönliches Recht, und um es erwerben zu können, muß der Berufene selbst über die Hauptpunkte des vorliegenden Erbfalles vollkommen klare Kenntniß haben. Er muß wissen, daß der Erblasser gestorben sei, er muß den Delationsgrund und dessen Rechtsmäßigkeit kennen, er muß wissen, daß kein Anderer früher Berufener vorhanden sei [3]). Um diesem Allen genügen zu können, muß er aber natürlicher Weise ein vollkommen willensfähiger Mensch sein, und, diese Willensfähigkeit vorausgesetzt, so muß sein Wille ein durchaus ernstlicher und entschiedener sein, denn erst von da an, wo er dies geworden ist, kann man vernünftiger Weise die so weitgreifenden Wirkungen des Erbewerbens datiren. Alle Bedingungen also, die erst in der Zukunft nach der Erwerbshandlung sich constatiren würden, sind nothwendig unzulässig [4]).

Einen ganz anderen Charakter haben die speciellen Vorschriften bei der cretio. Daß bei derselben nicht einmal Bedingungen, die in der Sache selbst liegen, auch formell ausgesprochen werden durften [5]), daß kein Stellvertreter die Cretionsformel aussprechen konnte, erklärt sich lediglich aus dem po-

3) fr. 19. fr. 32. pr. §. 2. — fr. 22. — fr. 17. pr. fr. 30. §. 8. — fr. 30. §. 3. u. 4. de acq. vel om. her.

4) fr. 51. §. 2. de acq. vel om. her.

5) fr. 77. de reg. jur.

sitiven Wesen der altcivilrechtlichen an bestimmte Worte gebundenen Handlungen [6]).

Wir haben jetzt von dem Gesagten die Anwendung auf unsere Frage zu machen:

1) Wenn der Berufene eine Person ist, die keinen vollgültigen Willen fassen kann, so bringt es nicht bloß eine ausführliche rein positive Vorschrift, sondern das Wesen des Erbrechts mit sich, daß wir hier an und für sich eine Erbantretung für unmöglich erklären, denn der Berufene selbst kann in Folge seiner Willensunfähigkeit sie nicht vornehmen, er kann auch Niemanden einen Auftrag ertheilen, und die ihm in sonstiger Weise zur Seite stehenden Stellvertreter, Tutoren, Curatoren uud Andere, können lediglich durch ihre *eigenen* Handlungen das höchstpersönliche Erbrecht dem *Vertretenen nicht* erwerben. Wenn wir also dennoch in diesen Fällen hie und da finden, daß der Stellvertreter für die willensunfähige *Person* soll antreten können, so müssen wir dies allerdings *meist* für eine sehr vernünftige Rechtsvorschrift erklären, da gerade bei denen, die nicht selbst handeln können, es am Klarsten als practisches Bedürfniß hervortritt, daß Andere für sie auftreten dürfen. Aber wir haben dies immer nur als **jus singulare**, als ein besonderes **beneficium** des positiven Rechtes aufzufassen, das, so weit es nicht entschieden durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht anerkannt ist, die Geltung der allgemeinen Grundregel nicht aufhebt.

Man könnte hiergegen einwenden wollen, die **b. p.** agnitio sei ja doch, wie ich eben bemerkte, rein nach den allgemeinen Regeln des Erbrechts behandelt worden, diese Agnition habe nun jeder Vertreter für Willensunfähige vornehmen können, mithin sei daraus die Zulässigkeit der Stellvertretung nach allgemeinen Grundsätzen zu ersehen. Aber gerade dieser Satz, jeder Curator, Tutor habe die **b. p.** im Namen des Handlungsunfähigen allein agnosciren können, ist entschieden unrichtig, wie wir alsbald sehen werden. Zudem finden wir, daß über die Fragen, wie weit man den Curator 2c. handeln lassen dürfe, unter den Römischen Juristen vielfach verschiedene An-

6) Mühlenbruch Commentar. Bd. 42. S. 401.

sichten herrschten, woraus man leicht ersieht, daß es sich hier nicht um ein entschieden anerkanntes Princip des Erbrechts, sondern umgekehrt darum handelte, wie weit man von dem allgemeinen Grundprincip um des practischen Bedürfnisses willen (expediendarum rerum gratia 7)) jure singulari abgehen dürfe. Endlich ist wohl im Auge zu behalten, daß in der b. p. zur Zeit der klassischen Juristen das possessorische Element (wegen der möglichen b. p. sine re) noch durchaus vorherrschte, und weil man die b. p., um eines Dritten willen, der ihr den effectus entziehen kann, an und für sich nur als interimistischen Erbrechtsbesitz auffaßte, so konnte man nun auch, ganz abgesehen von dem Vorhandensein dieses Dritten, die Erwerbung der b. p. für einen Handlungsunfähigen viel leichter zulassen, wenn man darunter nur einen interimistischen Besitz verstand, bis der Willensunfähige etwa zum Zustand der Willensfähigkeit gelangte, und dann die für ihn vorgenommene Agnition genehmigte. Gerade in dieser Hinsicht finden wir nun große Meinungsverschiedenheiten der klassischen Juristen, indem da, wo sie überhaupt jure singulari die Agnition zuließen, die Einen darunter bisweilen nur einen interimistischen Besitz verstanden, während die Anderen (vorausgesetzt daß die Erbschaft nicht durch einen Dritten zur sine re werde) einen dauernden Erbschaftserwerb hineinlegten, als wie wenn der Handlungsunfähige selbst gleich eine b. p. cum re erlangt hätte. Diese beiden Begriffe des dauernden Erbschaftserwerbes (successio ex jure Praetorio) und des bloß interimistischen Besitzes sind nun aber, wie wir gesehen haben, unter Justinian völlig auseinander getrennt, und so läßt es sich denn auch leicht erklären, daß Justinian in den verschiedenen Fällen der Antretung für Willensunfähige, jenachdem ihm das Eine oder das Andere passender schien, bald einen definitiven, bald nur einen interimistischen Erwerb annehmen konnte.

Gehen wir nun die einzelnen Fälle genauer durch:

a) Für einen Pupillen konnte in der klassischen Juristenzeit der Tutor freilich weder die cretio noch die formlose Willenserklärnng vornehmen 8), aber man vermogte sich mit

7) fr. 11. de auct. tut.

8) l. 5. C. de jure delib.

der eigentlichen pro herede gestio zu helfen, indem man den Pupillen die äußere factische Handlung vornehmen, und den Tutor die auctoritas interponiren ließ [9]). Das war definitiver Erbschaftserwerb, aber an und für sich nur zuläßig, wenn der Pupill über 7 Jahr alt war. Außerdem gestattete man nun auch dem Tutor allein die b. p. zu agnosciren, und zwar auch schon vor dem siebten Jahre. Indessen faßten die meisten Römischen Juristen dies nur als interimistischen Erwerb auf, indem sie sagten, ein Tutor könne die b. p. nicht repudiiren, sondern nur annehmen, d. h. also die eigentliche Frage, ob das Kind die Erbschaft annehme oder ausschlage, soll jetzt noch gar nicht entschieden werden, sondern bis dahin ausgesetzt bleiben, bis das Kind selbst seinen Willen erklären kann [10]). Und ganz ebenso behandelte man denn auch die b. p., *die der Vater für sein Kind unter 7 Jahren agnosciren durfte*, von der es ausdrücklich gesagt wird, daß die Frist nicht läuft, *weil ja das berufene Kind selbst von der Sache nichts weiß, und einem Nichtwissenden keine Fristen laufen können* [11]).

Anders wie diese Juristen nahm es Gaius wenigstens für den pupillus infans, (und so wahrscheinlich denn *auch* für den Haussohn unter sieben Jahren). Er gestand dem Tutor das Recht zu, schon selbst über Annahme oder Ausschlagung der b. p. entscheiden zu können, also mußte er auch im Fall der Annahme den definitiven Erwerb zugestehen. Jedenfalls mußte also Gaius der b. p. die Natur einer decretalis abläugnen [12]). Noch weiter aber ging Mäcian, der ex similitudine juris civilis et honorarii neben der Agnition der b. p. durch den Tutor auch die pro herede gestio des infans, tutore auctore, — also auch den civilrechtlichen definitiven Erbschaftserwerb zuließ [12a]).

---

9) fr. 9. de tut. et cur. fr. 17. §. 1. de appellat.

10) fr. 8. de b. p. (Paulus) fr. 1. §. 4. de succ. ed. (Ulpian). Wahrscheinlich verlangten diese Juristen, und auch wohl die Römische Praxis, ebenso wie beim furiosus (Mühlenbruch. Comm. 42 S. 448), eine decretalis b. p.

11) fr. 1. de b. p. furioso inf. (Papinian) fr. 7. §. 1. de b. p. (Ulpian).

12) fr. 11. de b. p. fr. 11. de auctor. et cons. tut.

12a) fr. 65. §. 3. ad SC. Trebell.

Diese Controverse ist durch die spätere Gesetzgebung getilgt worden. Man ließ nach dem siebten Jahre das eigene Handeln des Kindes, tutore auctore oder consentiente parente, sowohl bei der her. ad. als der b. p. agnitio bestehen [13]); vor dem siebten Jahre aber gestand man dem Vater und dem Vormunde das Recht zu, allein die her. ad. oder Agnition vorzunehmen, und zwar mit der Wirkung des definitiven Erbschaftserwerbes (et eo modo eidem infanti hereditatem quaerere [14]). Sehr natürlich aber ist, daß unser Deutsches Gewohnheitsrecht nun noch weiter ging, und dem Tutor das Recht des definitiven Erbschaftserwerbes, das er vor dem siebten Jahre hat ohne den Pupillen zuzuziehen, auch nach dem siebten Jahre anerkannte [15]).

§. 166. — b) Dieselbe Controverse der Römischen Juristen zog sich auch auf den Fall fort, wenn einem furiosus, dem ein curator gegeben ist, die Erbschaft deferirt wird. Wir finden ihn in mehren Stellen mit dem infans in väterlicher Gewalt und unter Vormundschaft als gleichartig zusammengestellt [1]), wie denn auch die Natur der Sache ergiebt, daß, was vom infans galt, auch auf den furiosus übertragen werden mußte.

Papinian nahm hier, wie beim infans, die vom Curator agnoscirte b. p. nur als eine interimistische an, so daß sich erst durch den Tod des furiosus oder durch sein Gesundwerden

13) §. 1. I. de auctor. tut. l. 18. §. 4. C. de jur. delib.

14) l. 18 pr. §. 2. C. de jure delib. Theodos nimmt also die Ansicht des Mäcian an, und treibt sie sogar noch weiter. Daß wir in der Compilation die sich widersprechenden Ansichten der früheren Zeit so friedlich neben einander finden, ist entweder Nachlässigkeit, oder vielleicht auch absichtliche Aufbewahrung historischer Notizen. Das practische Recht war durch die l. 18. C. cit. genügend klar ausgesprochen.

15) Heise und Kropp Jurist. Abh. II. S. 167.

1) fr. 11. de auctor. et cons. tut. fr. 1. de b. p. furioso inf. fr. 7. §. 11. quib. ex caus. in poss. fr. 1. §. 4. u. 5. de succ. ed. — Daß der Prätor, wenn es die Nothwendigkeit erforderte, dem furiosus auch eine in possessionem missio gegeben habe (Bachofen Pfandrecht. I. S. 364.), ist ganz unerweislich, und scheint mir deßhalb unwahrscheinlich, weil ich mir keine Nothwendigkeit,

entscheidet, wem die Erbschaft definitiv zufallen wird [2]). Da in also liegt, daß der Curator nicht aus eigenem Willen die Erbschaft repudiiren konnte, oder was hier dasselbe bedeutet: daß man eine decretalis b. p. annahm [3]). Gaius dagegen ist, wie beim pupillus, anderer Ansicht, er meint, der Curator könne nach eigenem Ermessen annehmen und ausschlagen, er läugnet also, daß die b. p. eine decretalis sei, und muß folglich auch annehmen, durch die Handlung des Curators werde bereits definitiv über das Schicksal der Erbschaft entschieden. Er stützt sich dabei nicht auf einen juristischen Grund, sondern auf das practische Bedürfniß, daß die Erbangelegenheit bald zu Ende gebracht werden müsse (expediendarum rerum gratia) [4]). Papinian deutet hierauf ebenfalls hin, er *sagt*, es sei doch nicht gut, daß die Güter möglicher Weise *so lange* Zeit ohne Repräsentanten dalägen, aber er folgert daraus mit Recht nicht das von Gaius Angenommene, sondern nur, *daß* wenn der curator furiosi nicht agnoscire, so müsse *einstweilen* der Nächstfolgende unter Caution zugelassen werden.

Von Ulpian könnte man meinen, daß er halb die Ansicht Papinians halb die des Gaius sich zu eigen gemacht habe, jene

---

die das erforderte, denken kann. Auch ist von *Bachofen* die Controverse der Römischen Juristen und die Entscheidung derselben durch Justinian nicht scharf genug erfaßt worden.

2) fr. 1. de b. p. furioso inf. fr. 51. pr. de her. petit. — Bei Paulus haben wir keine Stelle über diesen Fall, aber gewiß hat auch er dasselbe angenommen, was er vom infans gelten ließ.

3) fr. 1. §. 7. de success. ed. — Proculus ist ebenfalls der Ansicht des Papinian gewesen (fr. 48. §. 1. de legat. II.), denn er sagt, daß die Legatare nur unter Caution der Rückgabe Zahlung erhalten sollen, auf den Fall, daß der furiosus nicht definitiv die *Erbschaft* erwirbt, also der F o l g e n d e die Erbschaft evincirt. Proculus kann hier nicht an einen N ä h e r b e r e c h t i g t e n, der die *Erbschaft* evincire, denken, denn daraus würde folgen, daß jeder sec. tab. b. possessor nur gegen Caution die Legate auszuzahlen brauchte, was doch entschieden nicht der Fall ist.

4) fr. 11. de auct. et cons. tut. — Daß man auch die hereditatis aditio für den furiosus als möglich annahm (also ähnlich wie es Mäcian für den infans behauptete), wird durch ein Pandektenfragment freilich nicht bestätigt, aber Justinian erzählt es uns in der gleich anzuführenden Stelle.

n Beziehung auf den furiosus, diese rücksichtlich des infans [5]). Es ist dies allerdings möglich, eine andere Stelle Ulpians aus dessen Edictscommentar deutet darauf hin [6]). Hier zeigt nämlich Ulpian, daß er in Beziehung auf den furiosus freilich gar keine Bedenken hat, während ihm die Frage für den Pupillen zweifelhaft erscheint (et magis est). Während er nun hier allerdings sie ebenso, wie für den furiosus entscheidet, so ist es doch vollkommen denkbar, daß er früher oder später in jenem fr. 2. §. 11. (aus dem Sabinuscommentar) eine andere Ansicht vorgetragen hat. Eben so möglich aber ist, daß, wie dies heutzutage meist angenommen wird, dies fr. 2. ad SC. Tertull. einer Interpolation Justinians unterworfen worden ist. Nur muß man sich dann recht klar machen, wo die Interpolation stecken soll. Im §. 11 kann sie nicht liegen, denn dieser stimmt mit dem fr. 1. §. 5. de succ. ed. völlig überein, und dann müßte also Letzteres auch interpolirt sein. Der Grund aber, der hier hinzugefügt ist, (quia necdum delata est) deutet wahrlich nicht auf Compilatoren=Arbeit, sondern auf den klassischen Juristen. Die Interpolation muß also jedenfalls im §. 13 gesucht werden, denn er widerstreitet dem, was Ulpian selbst im fr. 1 §. 4 de success. ed. sagt. —

Während nun die Gesetzgebung der späteren Kaiser bei dem infans sich für den definitiven Erbschaftserwerb erklärte, so nimmt Justinian für den furiosus umgekehrt nur die interimistische Wirkung der Agnition an, und tilgt auf diese Weise die frühere Controverse. Er sagt in l. 6 §. 3 C. de curat.

5) fr. 2. §. 11. ad SC. Tertull. — Igitur et si furioso decreto petita sit possessio, et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit. §. 13. Sed si infanti per tutorem petita sit possessio, licet statim decesserit, dicendum erit, matri obstitisse; non enim similis est ei, quae furioso datur.

6) fr. 1. §. 4. de success. ed. — Tutor impuberis an repudiare possit bonorum possessionem, videamus. Et magis est, ne possit; sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest. §. 5. Furiosi curator nequaquam poterit repudiare, quia necdum delata est. Der furiosus wird von Ulpian auch mit anderen provisorischen Besitzeinweisungen zusammengestellt. fr. 12. pr. de b. poss. „item is, qui captivi b. possessionem petit.“

fur. ausdrücklich, es hätten sich zwei Ansichten der Juristen gegenübergestanden (auctores ex utroque latere; utramque auctorum aciem), und er bezeichnet diese beiden sehr deutlich so, wie ich sie eben aus den Pandektenfragmenten entwickelt habe. Die Einen hätten gemeint, es könne dem furiosus, als wie wenn er selbst gehandelt hätte, definitiv das Erbrecht erworben werden (sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit), die Anderen hätten dies geläugnet, und den Curator nur zu einer interimistischen Agnition zugelassen (sive non, et si curator ejus ad b. p. petendam admitti debeat.). Die erstere Ansicht wird nun ausdrücklich verworfen und die letztere anerkannt. Diese von Justinian gebilligte Agnition des Curators sei früher eine decretalis gewesen, dies soll jetzt nicht mehr nöthig sein, sondern die allgemeine freiere Agnitionsform genügen. Aber Justinian hebt es noch besonders hervor, daß, abgesehen von der Form, die Agnition des Curators auch fernerhin noch immer das Wesen jener früheren decretalis behalten soll (ad similitudinem bonorum possessionis habere), und daß also, was ein Hauptpunkt der Papinianschen Ansicht war, dem Curator nicht frei stehen soll, die b. p. zu repudiiren (curatori autem ejus licentiam damus, imo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur.). Ebendeßhalb wurde denn auch, weil Justinian nichts will, als die Ansicht von Papinian und seinen Anhängern zum zweifellosen Rechte erheben, in dem eigens für diese Frage angelegten Pandektentitel das fr. 1. de b. p. furioso aufgenommen, und durch das fr. 2. §. 11. und 13. ad Sc. Tertull. der directe practische Gegensatz, der jetzt zwischen dem infans und furiosus bestehen sollte, sehr deutlich hervorgehoben. Die entgegenstehenden Pandektenstellen sind entweder absichtlich beibehaltene historische Notizen, oder Spuren der Nachlässigkeit der Compilatoren.

Justinian führt dann im Verlaufe der l. 8. C. cit. noch genauer aus, in welchem Rechtsverhältniß das dem furiosus Zugefallene stehen soll, und wenn nach dem Bisherigen noch Zweifel zulässig wären, so verschwindet dadurch alle Möglich-

eit, in der b. p. des Curators einen anderen als rein interimistischen Erwerb, zu finden. Im §. 7. heißt es:

— si quid postea ad furiosum pervenerit sive ex hereditate vel successione vel legato vel fideicommisso vel alio quocunque modo, hoc furioso accedat, et hoc cum alia ejus substantia manibus curatoris tradatur, inventario etiam super his rebus scilicet faciendo; et sub ejus cura custodiatur, quatenus si quidem resipuerit furiosus et adquisitionem admiserit, ipsi restituatur.

Es soll noch immer auf den eigenen Willen des furiosus ankommen, und zwar scheidet nun Justinian genau die Legate von der directen Universalsuccession [7]). Erstere sollen allerdings, nach der Regel der Legate, dem furiosus ipso jure zufallen, und nur, wenn er zu Verstande kommt und sie ausdrücklich ausschlägt (aperte haec respuerit), als ihm nicht erworben angesehen werden (§. 9). Die directe Universalsuccession dagegen (si quidem successio est) soll nach dem §. 8. nicht bloß dann an andere Personen fallen, wenn der genesene furiosus sie ausdrücklich ausschlägt, sondern auch wenn er als furiosus stirbt. Offenbar verlangt hier also Justinian zum eigentlichen definitiven Erwerbe (adquisitionem admittere) eine positive Anerkennungshandlung des gewesenen furiosus, bis wohin die bona vom Curator nur custodirt würden. Gerade so sagt auch Papinian im fr. 1. de b. p. furioso, die bona seien zu restituiren: si forte institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret, so wie Ulpian fordert (fr. 2. §. 11. ad Sc. Tertull.), der furiosus müsse nach seiner Genesung noch einmal selbst die Agnition, trotz der vorhergehenden decretalis b. p., vornehmen. Und es kann doch kein Zweifel sein, daß in diesen beiden Stellen von Papinian und Ulpian das practische von Justinian gebilligte Recht enthalten ist.

7) Von den Erbschaftsfideicommissen handelt denn noch eine besondere Constitution, l. 7. pr. C. ad SC. Trebell. vgl. auch fr. 35 ad SC. Trebell. s. darüber Mühlenbruch Commentar. Bd. 42. S. 455 ff.

Ebenso wie nun im fr. 1. de b. p. furioso anerkannt war, daß im Fall der furiosus die Erbschaft nicht erhalte, proximus quisque gerufen werde, also nach dem institutus der substitutus, und falls dieser schon vor dem furiosus stirbt, die ceteri, wie sie nach allgemeinen Regeln die Nächsten sind: so wird dies auch noch einmal besonders von Justinian hervorgehoben, nur daß er die Cautionen, welche die alten Juristen hier verlangt hatten, aufhebt. Justinian sagt, es sollen diejenigen kommen, welche mortis tempore furiosi propinquiores existant ei, ad cujus bona vocabantur, und hier ist doch durchaus der nächstliegende Gedanke, daß damit die gemeint sind, welche nach den gewöhnlichen Regeln des Erbrechts aufeinander folgen. Justinian zählt auch noch besonders die Substituten, Intestaterben und den Fiskus als *die Hauptklassen* der hinter dem furiosus Stehenden auf. Aber gerade diese Aufzählung hat neuerdings von Vangerow Gelegenheit *gegeben*, eine ganz neue Theorie über unsere Frage *aufzustellen* [9]. Seine Argumentation ist, wie mir scheint, nicht glücklich. *Justinian* vergißt nämlich darunter auch noch die coheredes anzumerken, und daß er es eben nur vergißt, indem er nicht weiter an den Fall denkt, wenn der furiosus mit Andern zusammengerufen ist, dünkt mir eine Annahme, wie wir sie bei der Erklärung Justinianeischer Gesetze hundertmal ohne Bedenken zulassen, und zulassen müssen.

v. Vangerow aber schließt, die coheredes seien absichtlich

8) Gewiß hatten schon die klassischen Juristen, die einen nur interimistischen Erwerb annahmen, die Ansicht, daß der beim Tode des furiosus Nächste hinter ihm gerufen werde. Der furiosus hat gleichsam nur ein besonders langes spatium deliberandi, wenn dies, ohne daß ein Erwerb erfolgt, verläuft, so tritt eine neue Delation ein, die also natürlich an den erfolgt, der jetzt der Nächste ist.

9) Archiv für civ. Praxis XXX. Nr. 1. — Mit Rücksicht auf den großen Stoff dieses Werks konnte ich mich nicht weitläufiger, als hier geschehen ist, auf die Widerlegung der Vangerowschen Ansicht einlassen, aber das im Text Gesagte scheint mir auch völlig zu genügen. Ich lasse diesen §. 166 unverändert so abdrucken, wie er im Sommer 1847 geschrieben worden ist. Seitdem sind noch zwei besondere Abhandlungen zur Widerlegung Vangerows erschienen von Fritz und v. Löhr Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß. Neue Folge IV. Heft 1.

weggelassen, wir hätten hier einer reinen Buchstabeninterpretation zu folgen. Justinian wolle dem furiosus die Erbschaft definitiv erworben sein lassen, welcher Erwerb dann nur hinterdrein resolvirt werden könne. Ebendeßhalb, weil sie ihm durch den Curator definitiv erworben werde, könne sie nicht mehr an die coheredes fallen. — Wie Justinian zu dieser wunderbaren Rechtsgestaltung komme, wird nicht weiter erklärt, als mit dem non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest! Denn darin, daß man ausnahmsweise durch in int. rest. und Aehnliches von dem erworbenen Erbrechte zurücktreten kann, liegt wahrlich noch keine Rechtfertigung, weßhalb hier Justinian von dem allgemeinen Satze: semel heres semper heres hätte abweichen müssen. Aber noch gegen ein anderes Princip des Erbrechts würde er sich aufgelehnt haben, indem nach Vangerows Ansicht sehr leicht theilweise testamentarische theilweise Intestatsuccession eintreten könnte. Und alle diese Inconsequenzen sollen wir auf uns laden, weil Justinian die coheredes nicht besonders mit aufgezählt hat!

Wenn man dagegen sich vergegenwärtigt, wie eng sich Justinians Constitution augenscheinlich an die frühere Controverse der Juristen anschließt, und wie einfach sie sich daraus erklärt, wenn man ferner bedenkt, daß die decretales b. p. freilich „scharf von den missiones in bona geschieden werden", aber wahrlich auch nicht mit dem Begriff einer interimistischen Besitzergreifung in Widerspruch stehen, — so scheint mir kein Zweifel übrig zu bleiben, daß wir mit vollem Recht an der alten von Theorie und Praxis [10]) stets anerkannten Ansicht festzuhalten haben, wonach die b. p. des Curators für den furiosus nur ein interimistisches Recht an der Erbschaft gewährt.

§. 167. — e) In dem Pandektentitel, der die b. p. des furiosus enthält, ist auch noch, wie schon die Ueberschrift besagt, vom mutus, surdus, und caecus die Rede. Das kurze fr. 2. von Ulpian enthält darüber nur den Satz, daß sie die b. p. agnosciren können, si, quod agatur, intelligant. Un-

---

10) Heise u. Cropp. Jur. Abh. II. S. 178. Mühlenbruch Commentar. Bd. 42. S. 460.

bedenklich dürfen wir hierunter in der Justinianeischen Zeit den definitiven Erbschaftserwerb verstehen, denn man ließ ja auch schon unter den klassischen Juristen für diese des Willens und der Willensäußerung fähigen Personen die her. aditio zu [1]. Wie aber, wenn sie in einem Zustande sich befinden, daß sie nihil intelligere possunt?

Wir haben freilich keine weitere directe Kunde hievon, aber es scheint doch wenig bedenklich, anzunehmen, daß der Streit, den die Römischen Juristen über den infans in väterlicher Gewalt und unter Vormundschaft, sowie über den furiosus führten, auch auf diesen Fall sich beziehen mußte. Es ist hier ebenso wie in jenen drei Fällen eine willensunfähige Person vorhanden, und wenn sie einen curator hat, so ist gar kein Grund vorhanden, dessen Stellung anders als die der Vertreter von jenen drei Personen aufzufassen. Es erhebt sich nun aber die Schwierigkeit, wie wir im Justinianeischen Recht unseren Fall behandeln sollen, wo für den infans und für den furiosus gerade die entgegengesetzten Principien, für jenen der definitive, für diesen der interimistische Erbschaftserwerb angenommen worden ist.

Die Compilation enthält nur eine hierauf bezügliche Stelle, jenes schon öfters erwähnte Fragment von Mäcian, worin für den infans die in der Compilation gebilligte Ansicht vorgetragen wird. Mäcian stellt den mutus mit ihm auf gleiche Stufe, und so scheint kein Zweifel, daß wir dies für Justinians Ansicht zu erklären hätten [2].

Nichtsdestoweniger scheint mir die entgegengesetzte Ansicht die richtigere. Mäcian spricht direct nur von der Restitution des Erbschaftsfideicommisses, und gerade der Fall des furiosus belehrt uns, daß wir daraus keineswegs auf den Erwerb der directen Universalsuccession schließen dürfen (s. den vor. §. Note 7).

1) fr. 65. §. 3. ad SC. Trebell. — Quod aliquatenus circa mutos expediri potest, (nam) si auditus capaces sunt, vel interrogati nutu possint significare, velle se periculo suo hereditatem adire.

2) fr. 65. §. 3. ad SC. Treb. — ideoque et heres compelli per tutorem potest adire, et restituere hereditatem; quo exemplo et mutus, qui nihil intelligere potest, per curatorem adjuvatur.

Wenn wir nun auch aus der Stelle schließen können, daß Märcian, und gewiß ebenfalls Gaius, weiter gingen, so kommt doch das für die Justinianeische Compilation nicht in Betracht. Bedenken wir aber, daß wir in dieser ganzen Lehre auf dem Gebiet der Privilegien, besonderer beneficia, stehen, so werden wir zu folgendem Schluß getrieben. Das Recht des furiosus ist ein geringeres beneficium als das der infantes. Daß nun dem mutus, qui nihil intelligit, jedenfalls nicht weniger Recht, wie dem furiosus von Justinian zugestanden werden sollte, können wir, da Beide in demselben Pandektentitel zusammengestellt sind, unmöglich bezweifeln. Daß er aber mehr Recht hätte als der furiosus, und dem infans gleichstände, dazu würde es der ausdrücklichen Anerkennung dieses höheren Privilegiums bedürfen, und da wir diese nirgends finden, so ist es richtiger, ihm, ganz nach Analogie des furiosus, nur einen interimistischen Erbschaftserwerb durch den Curator zuzugestehen. Es kommt also darauf an, ob der Taubstumme (denn nur bei diesem wird wohl ein Zustand des nihil intelligere vorkommen) in diesem Zustande verstirbt, oder durch Unterricht dazu gelangt, seinen eigenen Willen durch Zeichen oder Worte aussprechen zu können.

d) Daß auch die Verschollenen ebenso wie der furiosus zu behandeln seien, bedarf hier keiner weiteren Entwicklung, da ich auf die Darstellung eines trefflichen Gewährsmannes verweisen kann [3]).

e) Ebenso genügen auch für den pubes, der noch minderjährig ist, wenige Worte [4]). Nach Römischem Rechte steht seinem Curator das Recht der hereditatis aditio entschieden nicht zu [5]), es war auch gar nicht nöthig, da der Minderjährige gar kein Handlungsunfähiger ist, und sie selbst vornehmen kann. Aus diesem Grunde scheint es auch ganz unwahrscheinlich, daß man dem Curator das Recht der interimistischen b. p. zugestanden habe. Heutzutage aber ist es anders. Das Deutsche Recht hat die Befugnisse des tutor impuberis und

---

3) Tropp a. a. O. S. 171. ff. f. oben §. 166. Note 6.
4) f. Tropp a. a. O. S. 167.
5) fr. 90 pr. de acq. vel. om. her.

des curator minoris ausgeglichen, und dem Letzteren ebenso wie Jenem das Recht des definitiven Erbschaftserwerbes für den Mündel zugestanden.

f) Zuletzt ist noch ein ganz exorbitantes Privilegium zu erwähnen. Juristische Personen, die überhaupt erbfähig sind, sollen nach einer Pandektenstelle, die freilich wohl erst von Justinian so gestaltet worden ist, durch ihren actor oder sonstigen Vertreter die b. p. erwerben. Da in der Justinianeischen Compilation regelmäßig bonorum possessio die definitive successio ex jure praetorio bedeutet, so stehen also hiernach die juristischen Personen, als völlig willensunfähige, den infantes gleich. Aber ihr Recht soll noch weiter gehen, auch wenn der actor die Antretung versäumt, so soll sie doch ipso jure als geschehen angenommen werden [6]). Es ist dies also ein ähnliches Recht, wie das des suus, dem die Erbschaft ipso jure zufällt.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist demnach Folgendes. Es bestehen in Beziehung auf den Erbschaftserwerb für Willensunfähige im heutigen Rechte zwei verschiedene Stufen der Erwerbung, die aber beide als besondere Privilegien erscheinen. Die eine, der definitive Erwerb (wobei also dem Vertreter, wo nicht besondere Ausnahmen sind, auch das Recht der Ausschlagung zusteht), gilt für infantes in väterlicher Gewalt, für die impuberes und minores unter Vormundschaft, und für juristische Personen. Die andere, welche bloß einstweilige custodia gewährt, besteht für furiosi, Taubstumme die keinen Willen äußern können, und für Verschollene.

6) fr. 3. §. 4. de b. p. — A municipibus et societatibus, et decuriis, et corporibus bonorum possessio agnosci potest; proinde sive actor eorum nomine admittat, sive quis alius, recte competet b. p. Sed etsi nemo petat vel agnoverit b. p. nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem Praetoris edicto. s. noch fr. un. de libertis universit. — Zur Zeit der klassischen Juristen hat hier wohl allgemein eine decretalis b. p. statt gefunden (arg. fr. 12. ut in poss. legator. s. §. 113. Note 3.), welche dann Justinian ebenso wie bei der b. p. furiosi nomine gestrichen hat. Der Satz von sed etsi an rührt wohl ganz von Justinian her.

§. 168. — 2) Wir gehen jetzt zu dem zweiten Fall über, dem Erbschaftserwerbe für willensfähige Personen (per procuratorem). Wir nehmen also an, daß der Berufene selbst an und für sich im Stande wäre, die Antretung vorzunehmen, daß aber die Lage der Verhältnisse es ihm wünschenswerth macht, die Handlung durch einen Anderen ausführen zu lassen. Die Grundlage des Verhältnisses ist also das Mandat des Berufenen, oder im Fall der unaufgeforderten Vertretung, dessen Ratihabition.

Ich will nun zuerst, bevor ich auf die eigenthümliche Gestalt des Justinianeischen Rechts eingehe, untersuchen, welche Antwort auf unsere Frage aus den oben schon hervorgehobenen Grundprincipien des Erbrechts folgt, ohne Rücksicht auf die rein civilrechtliche Gestalt der cretio. Daß die Römischen Juristen sich der in dieser Hinsicht zu gebenden Antwort klar bewußt gewesen sind, ist leicht zu erweisen.

Einestheils sehen wir dies nämlich, wie ich bereits bemerkte, aus der Art, wie sie die Agnition der b. p. behandeln. Man brauchte dieser keine anderen Schranken zu ziehen, als sie das Wesen des Erbrechts mit sich brachte. Anderntheils aber sehen wir es auch aus der Gestaltung eines anderen Falles, der an und für sich freilich nicht eigentlich hieher gehört. Wenn nämlich einem Haussohn oder einem Sklaven eine Erbschaft deferirt wurde, so konnte allerdings der Hausherr für den infans eine b. p. erbitten, und auch überhaupt eine pro herede gestio vornehmen (s. §. 135. Note 14). Hievon wollen wir einstweilen absehen, und umgekehrt annehmen, daß der Berufene selbst die Antretungshandlung vollführen wollte. Hiezu bedurfte es, wie oben (§. 135.) entwickelt worden ist, der cretio, aber außerdem noch des vorgängigen Auftrages (jussus) des Hausherrn. In diesem Falle ist also von einer Stellvertretung nicht die Rede, nichts destoweniger aber von einem Auftrage zur Erbantretung. Da der Sohn die cretio aus eigener Person vornimmt, so kann sehr erklärlicher Weise die streng civilrechtliche Natur der cretio auf die Regeln, unter denen jener von einer nicht berufenen Person ausgehende Auftrag steht, gar nicht einwirken, vielmehr mußten Letztere das klare Abbild der allgemeinen Principien des Erbrechts sein.

So kommt es, daß wir unsere Frage: wie man Jemandem den Auftrag zur Erbantretung geben könne, durch das bestätigt finden, was die Römer in Beziehung auf die Agnition der b. p. und den jussus des Vaters annahmen. Wir werden sehen, daß es nichts Anderes ist, als was die einfache Combination der Grundsätze vom Mandat mit den (im §. 165. zu Note 3 u. 4) schon angegebenen Regeln des Erbrechts von selbst mit sich bringt.

Man hat öfters behauptet, wenn das positive Recht eine ganz freie formlose Willensäußerung für genügende Erbantretung erkläre [1]), wie es im Römischen Rechte der Fall ist, so sei ja jeder Auftrag an einen procurator, worin der Wille der Antretung sich äußere, schon eine hereditatis aditio; eine Stellvertretung und ein Auftrag für die eigentliche Erbantretung lasse sich hier also gar nicht denken, vielmehr könne dies nur vorkommen, wo, wie bei der b. p. agnitio oder bei der cretio, eine bestimmte formelle Handlung erfordert werde.

Indessen ist diese Argumentation nicht richtig, obgleich sie ein wahres Element enthält. Allerdings nämlich ist die ganz formlose her. aditio an gar keine Erklärung bestimmten Personen gegenüber gebunden. Ich kann also jedem Beliebigen sagen, ich nähme die Erbschaft an, und beauftrage ihn, Erbschaftssachen in Besitz zu nehmen, zu verkaufen, u. s. w. Dieser ist dann nicht mein Stellvertreter für die Antretung, sondern ich selbst habe sie angenommen, und beauftrage ihn nun, nachdem ich Erbe geworden bin, einzelne Handlungen der Erbschaftsregulirung vorzunehmen. Man muß also im einzelnen practischen Fall stets prüfen, ob etwa die vorliegende Handlung in dieser Weise eine Antretung und ein darauf gefolgtes Mandat zur Vornahme beliebiger Dispositionen über die erworbene Erbschaft in sich vereinigt. Aber so sehr dies richtig ist, so ist doch ebensowenig zu läugnen, daß daneben auch eine Reihe anderer Fälle denkbar sind, die das practische Leben nothwendig hervorruft, und die als wahrer Auftrag und wahre Stellvertretung zur Antretung erscheinen. Wir wollen dies in folgende Punkte theilen:

---

1) Averanius Int. jur. I. 12. Nro. IV.

a). Es kann dem Berufenen ein besonderes Interesse sein, daß die Willenserklärung des Erbschaftserwerbes bestimmten Personen gegenüber, mit denen er etwa im Streit über die Erbschaft ist, oder die (wie Legatare, Creditoren) ihr Recht von ihm ableiten sollen, vorgenommen werde. Wenn nun das positive Recht eine ganz formlose Willenserklärung zuläßt, so muß doch der Berufene, falls er etwa abwesend ist, sie nothwendig auch durch einen procurator abgeben können. Sein Auftrag an diesen ist dann nicht schon die Antretung, sondern „lediglich die Erklärung, daß der mandans durch die Erklärung des procurator Erbe werden wolle" [2]). Das Rechtsverhältniß ist daher so aufzufassen, daß, weil in dem Auftrage an den procurator die Antretung noch nicht liegt, man ihn nach den Regeln des Mandats vor der Ausführung noch immer revociren kann, während wenn wir darin schon die her. aditio finden müßten, von einer Zurücknahme derselben nicht mehr die Rede sein könnte. Uebrigens muß hier noch wohl hervorgehoben werden, daß in diesem Fall der Beauftragte Nichts weiter nach eigenem Ermessen zu thun hat, er soll nur die Willenserklärung des Berufenen überbringen und aussprechen. Sobald dies geschehen ist, und der mandans nicht vorher widerrufen hatte, ist die Antretung vollbracht. Wir können diesen Fall nach einer in anderen Lehren bekannten Terminologie der Römer die her. aditio per nuntium nennen.

b) Gestatten wir aber diesen Fall, so müssen wir nothwendig noch weiter gehen. Man kann, wenn das positive Recht nur eine formlose Willenserklärung zur Antretung forbert, diesen Willen sowohl durch eigene ausdrückliche Erklärung, als durch concludente Handlungen äußern. Dies Letztere ist die pro herede gestio im engeren Sinn. Wenn man nun aber bei jener ausdrücklichen Erklärung einen Stellvertreter zuläßt, so muß auch dies bei der pro herede gestio möglich sein[3]. Der Berufene kann abwesend sein, er kann wissen, daß ihm andere Erbprätendenten gegenüber stehen. Er hat vielleicht keine Lust, falls diese schon die Erbschaft in Besitz genommen hätten, sich,

---

2) Dies ist sehr richtig hervorgehoben in Frobens Commentar zu Thibauts Pand. II. S. 295.

obgleich er in der That der besser Berechtigte ist, in die Weitläuftigkeiten eines Erbschaftsprocesses einzulassen. In diesem Fall will er also gar nicht antreten, um ihn aber zu verhindern, schickt er rasch einen Procurator, der jenen Prätendenten in der Besitzergreifung zuvorkommen, und darauf Handlungen vornehmen soll, die seinen Willen der Erbantretung an den Tag legen. Nur unter dieser Voraussetzung, daß er ohne Proceß in den Besitz gelangt, und auf diese Weise den Gegnern in vortheilhafterer Lage gegenübersteht, hat er den Willen Erbe zu werden. Es ist nun ein solcher Auftrag an den procurator keineswegs schon die Antretung selbst, die man eine bedingte zu nennen hätte, auch nicht einmal der Auftrag ist ein bedingter; man befiehlt ihm bloß, in erlaubter Weise den Besitz der Erbschaft zu ergreifen, und die pro herede gestio vorzunehmen. Es ist nur eine in der Sache selbst liegende Bedingung, die gar nicht ausgesprochen zu werden braucht, daß der procurator lediglich, wenn Andere noch nicht den Besitz ergriffen haben, ihn an sich nehmen solle; denn weiter zu gehen wäre ja verbotene Selbsthülfe, und wenn nicht die cretio aus einem anderen Grunde, nämlich wegen der solennen Wortformel für Stellvertreter unmöglich erschiene, so wäre ja sogar bei ihr eine solche in der Sache selbst liegende Bedingung erlaubt. Es kann also keinem Bedenken unterliegen, daß ihr bei der ganz formlosen pro herede gestio gar nichts entgegensteht.

Ebenso wie in dem vorigen Punkte haben wir daher erst in der Handlung des procurator die Erbschaftsantretung zu finden, und es gilt hier wie dort der Satz, daß bis zu dieser Handlung das Mandat noch widerrufen werden kann.

c) Aber auch hiebei können wir nicht stehen bleiben. Wir haben bisher stillschweigend angenommen, daß der Berufene über Alles, was er wissen muß, um selbst die Antretung vornehmen zu können (§. 165. zu Note 3 u. 4.), schon zur Zeit, als er den Auftrag gab, in Klarheit war. Wie nun aber, wenn das noch nicht der Fall war, und er in Folge dessen einen wahrhaft bedingten Auftrag zur Erbantretung gab? Bei der cretio wäre diese Frage freilich von vorn herein unmöglich, denn hier sind nur die in der Sache selbst liegenden Bedingungen zulässig, und diese dürfen auch nicht einmal formell

ausgesprochen werden, wie viel weniger also kann von wahren Bedingungen die Rede sein. Aber von den civilrechtlichen Ei- [illegible] cretio sehen wir hier ab, und fragen nur, [illegible] der Sache für die formlose Antretung mit [illegible] mögte man mir nun einwenden, daß ich [illegible]en habe, man müsse über jene schon ange- [illegible]kommen sicher sein, um nicht etwa wegen positiver civilrechtlicher Strenge, sondern schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts die Antretung vornehmen zu können; also müsse auch dieselbe Sicherheit schon bei dem Auftrage zur Antretung vorliegen. Aber dieser Einwand trifft nicht, wie sich leicht erweisen läßt.

Im Bisherigen haben wir gesehen, daß der Auftrag zur Antretung von der Antretung selbst genau geschieden werden kann und muß. Jener ist rein nach den Regeln des Mandats zu beurtheilen, diese dagegen liegt erst in der Handlung des Procurators. Nun aber ist bekanntlich ein bedingtes Mandat in aller Weise zulässig. Es folgt also auch, daß man das Mandat zur Antretung ganz frei an Bedingungen knüpfen kann, sobald nur zur Zeit, wo der procurator die die Antretung enthaltende Handlung vornimmt, diese Bedingungen erledigt sind, und man beim Mandanten zu dieser Zeit den entschiedenen Willen voraussetzen kann, daß er nach Erledigung dieser Bedingungen die Erbschaft antreten will.

Daß die Römer diesen Satz entschieden anerkannt haben, sehen wir aus Folgendem. Sie sagen, man könne keine Erbschaft mit der Bedingung si solvendo sit hereditas antreten, wohl aber dürfe der Vater seinem Sohn mandiren, wenn er gefunden haben werde, daß die Erbschaft solvent sei (und es also expedit adire), sie anzutreten [3]). Ferner man müsse den Delationsgrund der Erbschaft kennen, wenn indeß der Vater ihn nicht wisse, aber dem Sohn unter der Bedingung: si qua ex testamento Lucii Titii deferatur hereditas die Antretung aufträgt, so sei es ein gültiger jussus [4]). Hiernach werden wir auch unbedenklich sagen können, daß der Va-

3) fr. 51. §. 2. vgl. mit fr. 25. §. 8. u. 9. de acq. vel omitt. her.
4) fr. 32. vgl. mit fr. 25. §. 13. eod.

ter wenn er z. B. dem Sohn auftrug, zuerst zu untersuchen, ob das testamentum kein falsum sei, oder ob keine Näherberechtigten vorhanden wären [5]), und wenn er darüber Gewißheit erlangt habe, die Erbschaft anzutreten —; daß der Vater ein gültiges Mandat ertheilt habe. An und für sich muß deshalb auch angenommen werden, daß trotz des Satzes, erst mit dem Tode des Erblassers könne die Antretung erfolgen [6]), der Vater auch schon vorher dem Sohn mandiren dürfe, sobald die bestimmte Person gestorben sein werde, die Erbschaft anzutreten. Und in der That nehmen dies auch die Römer an, aber freilich mit einer sehr erklärlichen Einschränkung. Es ist turpe, schon auf die Erbschaften lebender Personen bestimmte Anordnungen zu treffen, wenn also auch das Mandat juristisch gültig ist, so ist es doch wegen jener Immoralität nicht aufrecht zu halten. Der Fall muß also der Art gestaltet sein, daß er die turpitudo ausschließt, um die juristische Gültigkeit des Mandats hervortreten zu lassen. Also der Vater muß z. B. durch ein Gerücht zu dem Glauben veranlaßt sein, daß jene bestimmte Person gestorben wäre [7]).

Aus allen diesen Einzelheiten geht hervor, daß der Vater genau bei seinem Mandat schon im Voraus alle die Punkte berücksichtigen muß, über welche der Sohn sich vor der Antretung Auskunft verschaffen soll, und über welche der Vater klar sein müßte, wenn er selbst sie vornehmen wollte. Es kann daher nie genügen, wenn bloß ein generelles Mandat ertheilt worden ist [8]). Nur durch diese Beschränkung wird es möglich, daß wir sagen können, der Wille des Vaters sei zu der Zeit, wo der Sohn die Antretung vornimmt, und unter den Verhältnissen, wie sie der Sohn constatirt hat, wirklich noch vor-

---

5) fr. 17. pr. fr. 30. §. 3. u. 4. de acq. vel om. her.

6) fr. 32. pr. eod.

7) fr. 25. §. 6. eod. — An nominatim de vivi hereditate mandari possit, quaeritur. Sed ego non puto recipiendum, ut de vivi hereditate mandetur; plane si rumor fuit, Lucium Titium decessisse, poterit ei mandare.

8) fr. 25. §. 5. eod. — Sed utrum generaliter: quaecunque tibi hereditas fuerit delata an specialiter? Et magis placet, ut Caius Cassius scribit, specialiter debere mandare.

nden. Ferner aber ist es offenbar, wie bei allen Mandaten, öthig, daß der Vater dauernd bei seinem Auftrage beharrte der beharren konnte, also daß er nicht vor der Antretungshandlung des Sohnes den Auftrag revocirt hat [9]), oder in einen Zustand kam, in dem er keinen Auftrag mehr hätte ertheien können [10]).

Was ist es nun, das uns aus dieser Entwicklung er Römer entgegenleuchtet? Offenbar die einfache Combination der aus dem Wesen des Erbrechts hervorgehenden Grundsätze mit den Regeln des Mandats. Der Sohn, indem r die Erbschaft antritt, thut ein Doppeltes. Er nimmt sie n eigenem Namen an, und deßhalb kann er die cretio vollühren, zugleich aber auch im Namen des Vaters, in dessen Vermögen die Erbschaft fiel. Beides läßt sich, obgleich in eine Handlung zusammenfallend, genau von einander scheiden, und deßhalb muß auch bei der formlosen her. aditio, die, eben weil sie formlos ist, durch einen freien Stellvertreter angenommen werden kann, das Rechtsverhältniß des Auftrages zur Antretung ganz denselben Regeln unterworfen sein, wie sie für den mandirenden Vater aus der Natur der Sache hervorgehen. So kommt es denn auch, daß wir in einzelnen Punkten für die Agnition der b. p. ganz dieselben Sätze anerkannt finden, wie die eben erwähnten. Daß die Agnition nicht gilt, wenn der Mandant vorher poenitentiam egit, versteht sich von selbst. Und ebenso ist es auch, wenn Jemand unaufgefordert die b. p. erbat, und der Vertretene sie nicht ratihabirt. Sie gilt erst seit dem Augenblicke der Ratihabition [11]). Wenn daher der

9) fr. 25. §. 14. eod. — Sed si posteaquam jussit, poenitentiam egit, priusquam adiret, nihil agit adeundo.

10) fr. 25. §. 15. eod. — Item si se arrogandum dederit, priusquam filius adiret, non est acquisita hereditas. Ebenso wenn der Herr nach dem jussus aber vor der cretio wahnsinnig geworden ist. fr. 47. eod.

11) fr. 3. §. 7. de b. p. — Acquirere quis b. p. potest vel per semet ipsum, vel per alium. Quodsi me non mandante b. p. mihi petita sit tunc competet, quum ratum habuero id quod actum est. fr. 65. pr. de SC. Trebell. fr. 24. pr. ratam rem hab. Beim Vater galt freilich keine ratihabitio, sondern der jussus mußte vorausgehen. fr. 6. pr. §. 1. de acq. vel om. her.

Vertretene vor derselben stirbt, so hat sie keine Bedeutung [11]), ebensogut, wie nach Note 10 das Mandat des Vaters aufhört, wenn er sich vor der Antretung hat arrogiren lassen. Es scheint mir daher auch unbedenklich angenommen werden zu können, wenn gleich keine besonderen Stellen davon in der Compilation reden, daß alle jene weiteren Regeln über das Mandat des Vaters an seinen Sohn (Note 3—8) auch bei dem Mandat zur Agnition der b. p. Anwendung gefunden haben [13]).

§. 169. Die Resultate des vorigen §. über das Recht der Stellvertretung beim Erbschaftsantritt sind nicht etwa bloß wünschenswerthe Regeln, die ihre Verwirklichung noch von einer besonderen Gesetzgebung erwarteten, sondern sie sind das Ergebniß, welches sich schon durch die *Wissenschaft* aus den ganz feststehenden Grundsätzen über Erbewerben und Mandat entwickeln läßt, sobald wir nur die Erbantretung *als eine form-*

---

12) fr. 3. §. 7. eod. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat jus bonorum possessionis. — Aus dem fr. 16. de b. p. scheint Thibaut (Pand. §. 869 Note m.) abzuleiten, daß (obgleich er es auffallend findet) im Fall des vor der Ratihabition eintretenden Wahnsinns die Agnition der b. p. gültig sei. Dies ist aber unzuläßig wegen fr. 48. de acq. vel om. her. Beide Stellen sind von Paulus. In letzterer sagt er, wenn der Vertretene erst nach der Agnition furere coepit, so gilt sie, denn da er vorher mandirt hatte, und bis zur Agnition kein Widerruf erfolgt war, so ist die b. p. erworben, und es ist einerlei, ob hinterdrein gleich der Wahnsinn eintritt, denn es bedarf keiner weiteren Ratihabition. An diesen Fall muß denn auch Paulus im fr. 16. gedacht haben. — Wenn dagegen der Wahnsinn vor der Agnition eintritt, so kann die b. p. nicht gleich erworben sein, ebensowenig wie wenn sich der Vertretene vorher arrogiren läßt (Note 10). Vielmehr muß nun noch der Vater des Arrogirten, oder wenn der mandans wahnsinnig wird, er selbst in einem lichten Augenblick besonders rathihabiren. fr. 5. pr. §. 1. quis ordo.

13) Für einen dieser Fälle haben wir eine ausdrückliche Bestätigung. Der Vater kann mandiren: si expedit adire (Note 3), und ebenso kann man auch Jemandem den Auftrag geben: ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem. fr. 48. de acq. vel om. her.

ose Handlung voraussetzen. Bei den Römern wurde nun in er That neben der cretio, die früher ganz allgemein gewesen war, in der klassischen Juristenzeit diese ganz formlose Erbantretung als pro herede gestio vel nuda voluntas suscipiendae hereditatis anerkannt (s. §. 128. u. 135). Es ist nie vor Justinian ein Gesetz gegeben worden, daß die eigenthümlichen civilrechtlichen Schranken, welche bei der cretio die Unzulässigkeit der Stellvertretung hervorriefen, auch auf die formlose her. aditio übertragen werden sollten. Die Frage kann also nur so gestellt werden: ob nun doch die klassischen Juristen diese Uebertragung vorgenommen haben, oder nicht? Fänden wir nun Ersteres in unseren Quellen bestätigt, so müßten wir den Juristen einen starken Mißgriff Schuld geben, denn da gar kein äußeres zwingendes Gesetz vorlag, so war nicht der geringste Grund vorhanden, weßhalb man das, was bei der cretio die Natur der actus legitimi hervorrief, auf die formlose her. aditio, die eben kein actus legitimus war, hätte herüberziehen sollen. Finden wir dagegen, daß die Römischen Juristen annahmen, was eine wissenschaftlich consequente Argumentation mit Nothwendigkeit ergiebt, so verdienen sie auch in diesem Punkte das Lob, das wir ihnen überhaupt in hundert und tausend Fällen spenden müssen.

Auf welche von beiden Seiten dieser Alternative führen uns nun unsere Quellen? Auf jene erstere wahrlich nicht, aber freilich müssen wir zugestehen, daß wir auch für die letztere wenig Andeutungen besitzen. Nichtsdestoweniger scheinen sie mir vollkommen genügend, um eben diese letztere Annahme für die allein mögliche zu erklären. Daß uns wenige Fragmente der Römischen Juristen darauf hindeuten, erklärt sich wohl daraus, daß es damals regelmäßige Sitte war, die b. p. zu agnosciren, bei der die Zulässigkeit der Stellvertretung allgemein bekannt war, und daß überhaupt die nuda voluntas acquirendae hereditatis als genügende civile Erbantretung, wie ich oben gezeigt habe (§. 128), von den meisten Römischen Juristen gar nicht erwähnt wird.

Die Zeichen, daß die klassischen Juristen eine Stellvertretung bei der formlosen Antretung unbedenklich zuließen, sind folgende. Sie erkennen zuerst die aditio per nuntium (s. d.

vor. §. unter a) ganz entschieden an [1]). Aber auch die pro herede gestio durch einen Anderen als den Berufenen (s. d. vor. §. unter b) muß man im Allgemeinen für möglich gehalten haben, denn schon der Kaiser Decius sagt (250), daß der Vater die dem Sohn deferirte Erbschaft, mit dem Willen des Sohnes durch pro herede gestio erwerben kann [2]). Freilich handelt der Vater hier ebenso in doppeltem Sinne, als wie der Sohn, wenn er nach dem jussus des Vaters die cretio vornimmt. Auf seinen eigenen Willen kommt es wesentlich mit an, aber dabei ist doch nicht zu läugnen, daß er zugleich Stellvertreter des berufenen Sohnes ist, weßhalb denn dieser auch consentiren muß. Daß nach den Worten der angeführten Stelle über diese Befugniß des Vaters zur pro herede gestio mehrfache Rescripte erlassen worden sind, bezieht sich nur auf die cretio, welche hier eigentlich nöthig war [3]), nichts aber deutet uns darauf hin, daß es einer besonderen kaiserlichen Sanction bedurft hätte, um die pro herede gestio *durch einen* Anderen als den Berufenen vornehmen lassen zu können. — Noch deutlicher aber sieht man die Zulässigkeit der Procuratoren bei der pro herede gestio aus einer besonders privilegirten Ausnahme. Der procurator Caesaris hatte vor einem gewöhnlichen procurator ein Doppeltes voraus. Er konnte einem servus Caesaris den jussus zur Vornahme der cretio ertheilen, während derselbe eigentlich vom Caesar selbst hätte ausgehen müssen; ferner konnte er (und das interessirt uns hier), wenn der Caesar selbst instituirt, und die Erbschaft eine entschieden vortheilhafte war, auch ohne weiteres Mandat vom Caesar die pro herede gestio vornehmen, und damit den Caesar zum heres machen [4]). Darin liegt doch, so viel ich sehen kann, das offenbare argumentum a contrario, daß die

1) 65. §. 3. ad SC. Trebell. „quomodo absentes per. nuntium".
2) l. 4. C. de jure delib.
3) s. §. 135. Note 14.
4) fr. 1. §. 2. de offic. procur. Caesar. — Est hoc praecipuum in Procuratore Caesaris, quod et ejus jussu servus Caesaris adire hereditatem potest; et si Caesar heres instituatur, miscendo se opulentae hereditati Procurator heredem Caesarem facit.

rigen procuratores, denen dieß praecipuum fehlt, nur in olge des Auftrages vom Berufenen, dann aber doch entschie- n, sich immisciren können. Um aber hierüber gar keinen weifel zu lassen, hat Justinian als fr. 2. eod. noch eine Stelle aus Paulus hinzugefügt, worin gesagt wird, daß für solvente Erbschaften es bei der allgemeinen Regel, welche inen besonderen Auftrag des Berufenen voraussetzt, verbleiben, nd also der Kaiser erst befragt werden müsse [5]).

Ueber den dritten im vorigen §. (unter c) erörterten Punkt, b man nämlich auch ein bedingtes Mandat zur Erbantre- ung dem procurator ertheilen könne, fehlen uns nun freilich lle Aussprüche der Römer. Aber ich darf wohl fragen, ob, er mit der wissenschaftlichen Thätigkeit der klassischen Juristen ertraut ist, irgend daran zweifeln kann, daß sie, wenn man iberhaupt an diese Fragen gedacht hat, unbedenklich das aner- annt haben müssen, was sie sich beim Mandat des Vaters an en Sohn und bei der b. p. ganz zum klaren Bewußtsein ge- racht hatten? Ich glaube die Sache selbst spricht kräftig ge- nug für sich, als daß ich noch weiter Worte darüber zu ver- lieren brauchte. —

In der späteren Kaiserzeit ist freilich von der Stellver- tretung bei der Erbschaftsantretung auch nicht weiter die Rede, aber jedenfalls liegt gar nichts vor, daß man glauben könnte, es sei an dem für die formlose her. aditio zur klassischen Juristen- zeit Angenommenen irgend etwas verändert worden. Im Gegen- theil tritt, wie im 3. Kapitel des 3. Buches ausgeführt ist,

---

5) fr. 2. eod. Quodsi ea bona, ex quibus Imperator heres institutus est, solvendo non sint, re perspecta consulitur. Imperatoris heredis enim instituti in adeundis vel repudiandis hujusmodi hereditatibus voluntas exploranda est. Gerade indem Paulus in diesen Endworten allgemein vom heres spricht, drückt er sehr deutlich aus, daß im Fall der insolventen Erbschaft der Imperator mit allen übrigen heredes auf gleicher Stufe steht; daß also alle procuratores in Folge speciellen Mandates die pro herede gestio vornehmen können. Averanius a. a. O. §. 41 hat dies ganz verkannt, und erklärt (was nirgends steht, und im Gegentheil den Worten widerspricht) es auch für ein praecipuum des procurator Caesaris, daß er in Folge speciellen Mandates sich immisciren könne. Ebenso Mühlenbruch Commentar Bd. 42. S. 405.

die cretio immer mehr zurück, also an eine Uebertragung der an ihr klebenden starren Regeln auf die pro herede gestio (worunter damals noch die her. aditio im eng. Sinn begriffen wurde) konnte man unmöglich denken.

So gelangen wir denn auf Justinian, von dem bekanntlich (ohne daß man sich auf die vorhergehenden Zeiten weiter eingelassen hat) heutzutage allgemein angenommen wird, er habe die Uebertragung der an der cretio haftenden Eigenthümlichkeiten auf die formlose her. aditio in der That sanctionirt, derselbe Justinian, der noch besonders durch Verallgemeinerung eines früheren Gesetzes cretionum scrupulosam solennitatem penitus amputirt wissen will [6]), derselbe, der durch Aufnahme der l. 12. C. de jure del. anerkennt, daß in der Agnition der b. p. eine pro herede gestio liege, also mittelbar doch auch, daß man durch Stellvertreter eine pro her. gestio vornehmen könne! Justinian gesteht zu, daß man in allen Erbklassen durch die formlose aditio zur Erbschaft gelangen könne, der formelleren Agnition soll es nicht mehr nothwendig bedürfen, und dies ist ja doch ein Freierwerden des Rechtes, wie es die Zeit forderte; und nun soll er umgekehrt der formlosen her. aditio eine Beschränkung aufgeladen haben, die sie bisher gar nicht gehabt hatte, und die jetzt zugleich bei der Aufhebung der cretio vollkommen widersinnig gewesen wäre. Es ist dies so ganz gegen alle Principien des Justinianeischen Rechtes, welche aus der Behandlung des gesammten Erbrechtes hervorleuchten, daß wir nothwendig sehr gewichtige Gründe haben müßten, um wirklich Justinian den Willen einer solchen Rechtsänderung zuschreiben zu können. Denn natürlich ein entschiedener Wille muß erweislich sein; Stellen, die eine andere Deutung zulassen, oder sich leicht aus einem Versehen, einer Nachlässigkeit der Compilatoren erklären, sind nur schwache Beweismittel [7]).

Es sind nun drei Pandektenfragmente, auf die man jene Ansicht gestützt hat. Daß die erste gar nichts beweist, hebt

6) l. 17. C. de jure delib.

7) Mühlenbruch a. a. O. S. 408 u. ff. gesteht zu, daß die Ausschließung der Stellvertretung bei der her. ad. ganz haltlos in der Compilation dastehe, aber freilich meint er sie doch annehmen zu müssen.

hon Mühlenbruch (a. a. O. S. 402.) hervor. Es heißt im r. 54. pr. de acq. rer. dom.: **Homo liber hereditaem nobis acquirere non potest**; aber der Jurist redet on einem Menschen, der einem Andern als Sclave dient, n der That aber frei ist, und hier ist die Entscheidung alerdings ganz richtig. Daß der Jurist und dann auch Justiiian sie als eine allgemeine Regel auffassen wolle, ist ganz us der Luft gegriffen. Die zweite Stelle ist fr. 90. pr. de acq. vel om. her.: **per procuratorem hereditatem acquiri non posse**. Aber die Florentina liest **per curatorem** [7a]), und dies wird sehr dadurch bestätigt, daß die Compilatoren sich wohl diesen ganz formlosen Satz an die vorhergehende Stelle, worin von einem Pupillen die Rede ist, angeknüpft dachten. Wenn nun gleich das Wort **curator** bisweilen im Sinn von **procurator** vorkommt [8]), so kann doch jedenfalls auch der wahre **curator** damit gemeint sein, und für diesen ist auf alle Fälle der Satz ganz richtig, denn kein **curator** konnte allein eine **her. aditio** vornehmen, er mußte wenigstens factisch den Vertretenen (auch z. B. den **furiosus**) mithandeln lassen. Abgesehen davon blieb nur die Agnition der b. p. übrig, und auch dies gar nicht einmal bei allen Curatoren. Die Stelle beweist also, wegen der Verschiedenheit der Lesart, wobei überdies für die: **per curatorem** das Uebergewicht der Gründe spricht, wiederum nichts. — Es bleibt noch die letzte Stelle übrig. Es ist das bekannte fr. 77. de regul. jur., worin unter den **actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem** auch die **her. aditio** aufgezählt, und wobei ausdrücklich noch hervorgehoben wird, daß sie nur **tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt**. Dies ist nun allerdings ein rein positiver Ueberrest der alten **cretio**, denn daß Papinian statt **hereditatis aditio**: **cretio** geschrieben oder wenigstens nur sie unter jenem Worte verstanden hat, leidet keinen Zweifel. Justinian hätte nun in der That die **her. aditio** (wenn die Stelle nicht in dem Titel **de regulis juris antiqui** über-

---

7a) Wie leicht konnte sich aus dem vorhergehenden per das pro von curatorem durch Mißverständniß einschleichen. Vgl. fr. 23. §. 3. de her. inst. in Verbindung mit fr. 1. §. 2. de curat. bon. dand.

8) Mühlenbruch a. a. O. S. 401. Note 68.

haupt eine historische Notiz sein sollte) besser ganz daraus gestrichen, aber auf jeden Fall können wir nun doch, wenn wir auch annehmen, er habe mit dieser Stelle von der alten Strenge heit der cretio etwas als praktisches Recht auf die formlose her. aditio übertragen wollen, diese Uebertragung natürlich nur so weit gelten lassen, als es die Worte mit sich bringen. Von der Stellvertretung bei der Antretung ist nun aber gar nicht die Rede, die Stelle beweist also gegen deren Zulässigkeit durchaus nichts. Sie sagt nur, daß wer eine her. aditio vornimmt (sei dies nun der Berufene selbst, sei es ein Stellvertreter), keine Clauseln, auch wenn sie in der Sache selbst liegen, formell aussprechen darf. Mithin schließt sie nicht einmal die bedingten Aufträge zur Antretung aus, sobald nur nicht die Antretungshandlung selbst unter diese Bedingung gestellt wird, was wir ja schon daraus sehen, daß selbst nach der alten cretio, die der Sohn vornahm, der Vater ihm einen bedingten jussus dazu ertheilen konnte. Also auch diese dritte Stelle kommt für unsere Frage nicht in Betracht; und überhaupt dürfen wir wohl sagen, daß selbst das, was sie wirklich sagt, keine practische Geltung hat. Die Compilatoren mogten bei der Aufnahme der her. aditio an das denken, was in der That ganz richtig ist, nämlich an die Unzulässigkeit einer wahren Bedingung (fr. 51. §. 2. de acq. vel om. her.). Der zweite Satz, den die Stelle enthält, daß auch die in der Sache selbst liegenden Bedingungen nicht formell ausgesprochen werden dürften [8a]), wird mit besonderer Beziehung auf die Compilation vorgetragen, wobei ihn die Compilatoren vielleicht noch aufrecht erhalten wollten. Daß er nun freilich nach der Fassung der Worte auch auf die formlose her. aditio zu beziehen ist, mögen die Compilatoren in der Eile übersehen haben. In Justinians Constitutionen wird so entschieden, wie auch schon in früherer Zeit, jede beliebige Willenserklärung als genügend vorausgesetzt, daß damit eine solche formelle Beschränkung ganz unvereinbar ist. In das Deutsche Rechtsleben ist sie jedenfalls nicht übergegangen.

8a) Ein dahin gehöriges Beispiel wird im §. 171 Nr. I. vorkommen.

Wir können nach dem Bisherigen wohl unbedenklich annehmen, daß auch das Justinianeische Recht der Zulässigkeit der Stellvertretung in keiner Weise entgegensteht. Aber auch angenommen, dies sei der Fall, so müssen wir sie nichtsdestoweniger dem heutigen Recht vindiciren. Duarenus und Averanius [9]) führen an, und dem ist nie widersprochen worden, daß die Praxis einen Auftrag an den Stellvertreter, die Solvenz der Erbschaft genau zu prüfen, und dann anzutreten, zulasse. Also trotz dem, daß man im Römischen Rechte das Entgegengesetzte zu finden meinte, ist man in einem Falle, der eben am leichtesten im Leben vorkommen kann, davon abgewichen. Man sieht daraus, wie sehr das practische Bedürfniß darauf hindrängt, eine Stellvertretung zu gestatten. Nun aber ist dies nur ein einziger Fall, dem viele andere vollkommen gleich stehen, er ist nur der Ausfluß des allgemeinen Rechtsbewußtseins, daß die Unzulässigkeit der Stellvertretung, wenn das Röm. Recht sie enthielte, für uns unpassend wäre. Man hat sich nur bisher nicht darauf eingelassen, wissenschaftlich zu untersuchen, welche andere Fälle vollkommen auf gleicher Stufe stehen. Sollen wir nun jenem einzelnen Fall allein Geltung zusprechen? Jedermann wird das läugnen. Wenn die Praxis das eine Mal einen Stellvertreter für die Antretung zuläßt, so kann sie ihn nicht das andere Mal zurückweisen wollen, sobald nur die entschieden bei uns geltenden Grundsätze über das Erbewerben und das Mandat nicht dadurch verletzt werden. Ist es mir daher gelungen, die aus diesen Grundsätzen für unsere Frage consequent zu ziehenden Folgerungen darzulegen, so muß man auch den ganzen Inhalt des §. 168. für practisches Recht erklären, selbst wenn man mir, wie ich es nicht für wahrscheinlich halte, in Bezug auf das Justinianeische Recht widersprechen wollte.

---

9) Duarenus wird von Averanius citirt, ich kann aber die Stelle nicht angeben, die Letzterer im Auge hat. Averanius a. a. O. §. 59. u. ff. s. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 413. der mit Recht Averanius tadelt, daß er, als strenger Vertheidiger der Unzulässigkeit einer Stellvertretung im Römischen Rechte, doch gerade den Fall, welchen die Praxis anerkennt, auch aus dem Römischen R. zu begründen sucht. s. auch §. 177. Note 11.

III. Die b. p. als geschlossenes auf den Erbschaftsbesitz gerichtetes System.

§. 170. Nach den bisherigen Untersuchungen bedarf es der Frage, welche Theile der b. p. noch unter Justinian als ein in sich abgeschlossenes, vom Civilrecht getrenntes, Ganzes bestehen blieben, nur kurzer Andeutungen, indem wir mehr nur das in der voraufgehenden Darstellung hierauf Bezügliche der Uebersichtlichkeit wegen hier zusammenzustellen haben.

1. Es besteht im Justinianeischen Recht für sämmtliche Erbklassen das Recht auf provisorische Besitzeinweisung, für die testamentarische die missio Hadriana, für die Intestatklassen das Int. quor. bon. In dieser Hinsicht sind sie in eine Reihenfolge (successorium edictum) geordnet [1]), worein auch das Recht auf die missio als eingefügt zu denken ist (§. 162). Ueber die Erlangung der missio gelten die von Justinian dafür angeordneten Regeln, die Intestatklassen (auch die der Novelle 118.) haben, um das Interdict geltend machen zu können, in den Prätorischen Agnitionsfristen vor einem Richter den Willen der Erbantretung zu erklären (§. 156.). Eine verfrühte Agnition (inter alienas vices) hat nicht die Folge, daß dadurch der voranstehenden Klasse vor Ablauf der ihr zustehenden Frist das Interdict entzogen würde (§. 153. Not. 1).

Die missio und das Interdict stehen darin gleich, daß sie Beide auf die corpora hereditaria gerichtet sind, die Verhältnisse zu den Gläubigern und Schuldnern werden, wie bei jedem bonae fidei possessor, nach l. 12. C. de her. pet. beurtheilt (§. 161. Nro. 2. und §. 151. Nro. 1. u. 2.). Beide Rechtsmittel unterscheiden sich dadurch, daß der testamentarische Erbe die missio bei noch besitzlosem Zustande der Erbschaft und gegen eigenmächtige Besitzergreifer geltend machen kann, während das Interdict der Intestaterben nur gegen die Letzteren

1) Isidori Or V. 25. Bonorum possessio est jus possessionis, certo ordine (d. h. nach dem successorium edictum) certoque titulo aquisita. Freilich können diese Worte auch einem älteren Juristen entlehnt sein, denn sie passen auch auf die frühere Zeit. Aber Isidor würde sie nicht ausgewählt haben, wenn sie nicht auch für seine Zeit gepaßt hätten.

ht, indem ihnen sonst die eigenmächtige Besitzergreifung überssen ist (§. 146. Note 5.). Im Uebrigen aber gilt für Beide r Satz, daß wer durch richterlichen Spruch in den Besitz esetzt ist, nur noch durch die petitorische Erbschaftsklage daraus vertrieben werden kann (§. 147. Note 4.), und für das Interdict sind alle Grundsätze, welche wir im vierten Kapitel es dritten Buchs entwickelt haben, auch im Justinianeischen Rechte bestehen geblieben (§. 156.).

2. Außer diesem für alle ordinären Erbklassen bestehenden Rechte der provisorischen Besitzergreifung giebt es nun im Justinianeischen Rechte noch mehre andere theils näher theils entfernter verwandte Nebeninstitute der b. p., die insgesammt durch den Character der interimistischen Besitzeinweisung zusammengehalten werden. Hieher gehören die b. p. furiosi und die ihr gleichstehenden Fälle (§. 166. 167.), die Carboniana b. p., und die missio ventris nomine (§. 79. 80.).

Sie unterscheiden sich genau von dem, was in der Justinianeischen Compilation regelmäßig b. p. heißt, d. i. von der definitiven successio ex jure praetorio, eine wahre Erbantretung ist bei ihnen nicht möglich, es kann also auch nicht daran gedacht werden, daß, wie bei den ordinären Erbklassen, der Erbittung vom Richter sich die einfache pro herede gestio oder her. aditio substituiren ließe. Vielmehr steht die missio ventris nomine, als eine reine Mission, unter den gewöhnlichen Regeln wie man immittirt werden kann, während die Carboniana, schon mehr dem Charakter der b. p. sich nähernd, auch an deren Agnitionsregeln Theil nimmt, und endlich für die b. p. furiosi spricht es Justinian ausdrücklich aus, daß sie der neueren freien Agnitionsform unterworfen sein soll [2]).

Ebenso wie sich diese drei Institute von der definitiven successio ex jure Praetorio wesentlich schon nach der Erwerbart unterscheiden, so sind sie nun auch genau von jenem unter Nr. 1. besprochenen interimistischen Besitzesrecht der ordinären Erbklassen zu trennen. Das was man durch die missio Hadriana und das Int. quor. bon. erlangt, sind nur die cor-

---

2) l. 7. §. 3. C. de curat. fur.

pora hereditaria, während hier unsere drei Rechtsmittel das ganze Vermögen zum Gegenstande haben.

Endlich aber sind letztere auch keineswegs unter sich ganz gleichartig. Die missio ventris nomine muß eine reine Mission sein, weil es noch ganz an der Person fehlt, welche b. possessor werden kann [3]). Die Carboniana ist ein Gemisch von missio und b. p., weil hier die Person, um deren Erbrecht es sich handelt, schon vorhanden ist, aber man noch zweifelt, ob ihr Erbrecht zustehe. Die Eigenthümlichkeit des Falles bringt es mit sich, daß der Richter hier Jemanden soll für den Erben erklären können, ohne sich auf die Frage, auf die es hauptsächlich ankommt, einzulassen. Aber die Natur der Sache fordert, daß die Präsumtion des vorhandenen Erbrechts nur interimistisch sei. Wieder anders ist es bei der b. p. furiosi, wo eine Präsumtion des vorhandenen Erbrechts gar nicht nöthig ist, indem die berufene Person entschieden existirt, aber es ihr nur an der Fähigkeit der Antretung fehlt. Bis dahin soll denn der curator die custodia der Erbschaft übernehmen.

Zur Zeit der klassischen Juristen waren denn auch die Rechtsmittel des Eingewiesenen verschieden. Für die missio ventris nomine bestand das Interdict ne vis fiat ei qui in poss. Aus dem Carbonianum edictum folgte das Interd. quor. bon. und die fictitiae actiones (die possessoriae actiones), und dasselbe müssen auch die Röm. Juristen für die b. p. furiosi, mogten sie ihr nun einen definitiven oder provisorischen Charakter beilegen, angenommen haben.

Im Justinianeischen Rechte ist hieran, soweit überhaupt in einen und in den anderen Fällen materielle Verschiedenheiten im Klagenschutz vorliegen, nichts verändert worden.

IV. Die b. p. litis ordinandae gratia und decretalis im Justinianeischen Rechte.

§. 171. Es bleiben mir nur noch zwei Punkte übrig, deren Bedeutung im Justinianeischen Rechte zu prüfen ist. Unter sich selbst freilich stehen sie in keiner weiteren Verbindung,

3) Huschke. Richtersche Jahrb. 1839. I. S. 32.

wenn daß die b. p. litis ord. gr. eine decretalis gewesen sei, ist unwahrscheinlich [1]).

Die b. p. litis ordinandae gratia, deren Bedeutung im §. 122. entwickelt ist, hat Justinian in die Pandekten aufgenommen, und sie scheint also damit noch als etwas practisch Anwendbares festgehalten zu sein. Demgemäß vindicirt sie auch Thibaut [2]) selbst unserem heutigen Rechte. Indeß ist dies schon vom Justinianeischen Standpunkte aus nicht richtig. Wenn Justinian im Allgemeinen den ordinären Erbklassen statt der Agnition auch jede andere her. aditio oder pro her. gestio als genügend erlaubt, so ist gar nicht abzusehen, weßhalb das nicht auch hier der Fall sein sollte. Daß die Agnition hier dennoch in der Compilation anerkannt wird, erklärt sich ebenso, wie überhaupt ihre Aufnahme bei allen Erbklassen. Sie ist nichts Verbotenes, geradezu Aufgehobenes, aber sie ist auch nichts Nothwendiges. Den cognatischen Verwandten, welche die Querel anstellen wollen, ist sie zur Begründung und Transmission dieser Klage nichts unumgänglich Nöthiges, aber man konnte doch unbedenklich die davon handelnden Stellen aus denselben Gründen in die Compilation aufnehmen, um derentwillen man überhaupt die Agnition als eine der Antretungsarten des definitiven Erbrechts hat fortbestehen lassen. Ja hier noch mehr, da, wie wir aus den Basilikenscholiasten gesehen haben, (§. 155 Note 9) es damals zur Sitte geworden zu sein scheint, jede Querel regelmäßig durch die b. p. lit. ord. gr. einzuleiten. Aber die Scholiasten erkennen nichts destoweniger an, daß man auch in anderer Weise die Präparation vornehmen könne. Die drei Klassen der Descendenten, Agnaten und Cognaten sind schon zu Civilrecht erhoben, es bedarf also nicht erst zur Begründung ihres Intestaterbrechtes, worauf dann die Querel gebaut würde, der bonorum possessio. Jedenfalls aber mußte man dies, wenn es nicht vorher schon der Fall gewesen wäre, seit der Novelle 118 annehmen. —

Ebenso wie die b. p. litis ordin. gr. zu den antiquirten

---

1) Fabricius nimmt dies an. b. p. S. 184. f. dagegen Huschke in den Richterschen Jahrb. 1839. S. 32.

2) Pandekten (8. Aufl. §. 971).

Instituten gehört, so hat auch die **decretalis b. p.** ihre formelle Eigenthümlichkeit im Justinianeischen Rechte ganz verloren. Es ist oben §. 113. bereits hervorgehoben worden, daß dieselbe im klassischen Juristenrecht von der **causa cognita** ertheilten b. p. genau zu scheiden sei. Niemand wird nun aber bezweifeln, daß in der späteren Kaiserzeit alle **causae cognitiones** bei der Agnition hinweggefallen sind, und wenn in den Quellen noch davon die Rede ist, dies nur soviel heißt, der Richter habe in dem nachfolgenden Proceß den fraglichen Punkt zu untersuchen. Die Stellung der Richter war eine andere geworden, es bestand nicht mehr jenes selbständige Eingreifen des Prätors, wonach er auch ohne einen bereits begonnenen Proceß die **bonorum possessiones** handhabte. Dies war denn aber auch ebenfalls der Grund, daß die äußere Verschiedenheit der **decretalis** b. p., der **edictalis** gegenüber, verschwand [3]. Der Richter hatte damals nicht mehr die Stellung, daß er aus dem Geiste der Rechtsregeln ein *Erbrecht nach eigenem* Ermessen hätte bewilligen können, wie das früher der Prätor that (s. §. 113. Note 3.). Es kam also jetzt nur noch darauf an, ob in den geltenden Rechtsquellen dasselbe anerkannt war, und in diesem Falle (z. B. **fr. 14. §. 1. de b. p. c. t.**) [4] stand denn auch nichts entgegen, das Erbrecht *in gewöhnlicher Weise zu erwerben*. — Ebenso konnte auch bei der anderen Art von **decretales bonorum possessiones** (d. h. denen, welche einer besonderen Interposition des Prätorischen Imperium trotz ihrer Aufstellung im Edicte bedurften) ihre frühere Gestalt, die sie zur klassischen Juristenzeit hatte, nicht mehr festgehalten werden. Der Richter war gar nicht mehr in der Lage, daß man von seinem **imperium** noch etwas Besonderes hätte abhängen lassen können.

Ich behaupte hiermit nicht, daß zu Justinians *Zeit* alle Fälle, welche früher **decretales** waren, ganz der *richterlichen*

---

3) Unter die Zahl der Fälle, wo die b. p. früher **decretalis** war, hat Fabricius viele aufgenommen, von denen dies durchaus unerweislich ist (b. p. S. 162. ff.), was von Huschke (Richtersche Jahrb. 1839. S. 27. ff.) berichtigt worden ist. s. auch v. Löhr. Magazin II. S. 437.

4) Andere Stellen s. bei v. Löhr a. a. O. unter Nro. I.

ognition und Entscheidung entzogen worden wären, und daer unter den gewöhnlichen Regeln der bloßen Erklärung vornem Richter, die dann auch durch pro herede gestio oder er. ad. ersetzt werden könnte, ständen. Allerdings giebt es och immer Fälle, wo die Erlangung der b. p. noch wirklich ichterliche Verleihung voraussetzt, der eine Untersuchung vorusgehen konnte, aber dies ruht jetzt auf ganz anderen Grünen als früher, und ein Fortbestehen der alten decretalis ist also doch nicht darin zu finden. Wir müssen nämlich hier folgende zwei Punkte unterscheiden:

1. In den Fällen, wo Ungewißheiten über die Erbfolge vorhanden waren, weil noch ein postumus erwartet wurde [5], oder über den status des Verstorbenen Zweifel bestehen [6], interponirte der Prätor selbst schon im Voraus ein decretum, damit bestimmte Personen durch den vor Entscheidung der Ungewißheit erfolgten Tod nicht ihres Erbrechts verlustig gingen. Es kann wohl kein Zweifel sein, daß in diesen Fällen nach Justinianeischem Rechte der Interessirte schon im Voraus die gewöhnliche Agnition oder her. aditio vornehmen konnte, obgleich diese noch von einer in der Sache selbst liegenden Bedingung, die auch gar nicht einmal besonders ausgesprochen zu werden brauchte, abhängig war. Eine besondere Untersuchung und Entscheidung des Richters bei dieser Antretung lag gar nicht mehr in seinen Befugnissen, während er allerdings nachher, wenn ein Proceß entstand, über die Gültigkeit der Antretung entscheiden konnte.

2. In anderen Fällen ist dagegen auch noch im Justinianeischen Rechte eine richterliche Entscheidung bei Erlangung der b. p. denkbar und nöthig. Ebenso wie nämlich die missio ventris nomine diese offenbar voraussetzt, so fordert das Wesen der Carboniana b. p. sie gleichfalls. Aber sie ist hier doch Nichts als der Ausspruch des Richters über die ihm obliegenden causae cognitiones. Es ist nun oben entwickelt worden, daß um dieser willen die Carboniana wahrlich keine decretalis war (§. 80.), und zugleich ist auch leicht einzusehen, daß die

5) fr. 84. de acq. vel om. her. fr. 4. §. 3. de b. p. c. t. s. oben §. 76.

6) fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.

wahren Gründe, aus denen sich das decretum erklärt, in Justinianeische Recht nicht mehr passen, ebenso wenig wie [illegible] noch der frühere Unterschied zwischen den missiones in [illegible] edictales und decretales (§. 113. Note 3. am Ende) [illegible] Daß Justinian dies sehr deutlich durchschaut hat, sehen [illegible] aus der einzigen Stelle, worin er Gelegenheit findet von [illegible] Frage zu sprechen, nämlich bei der b. p. furiosi. Diese [illegible] men die Juristen, welche die von Justinian gebilligte [illegible] hatten, deßhalb als eine decretalis an, weil es sich hier [illegible] ein jus singulare für eine antretungsunfähige Person [illegible] wobei der Prätor noch besonders sein imperium zu [illegible] niren habe. Justinian aber erklärte mit Recht, obgleich [illegible] die Sache billigte, die äußere Form der decretalis b. p. für aufgehoben.

Außer der Carboniana haben wir nur noch einen Fall, wobei zur Erlangung der b. p. richterliche Entscheidung nöthig ist, nämlich bei der sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis [7]), aber hier liegt gar keine wahre decretalis b. p. vor, wie Huschke a. a. O. S. 32. mit Recht bemerkt, sondern es wird nur nach ausgesprochener Restitution den Erben das commodum der Erbschaft, die nicht angetreten war, zugesprochen [8]).

---

7) fr. 86. pr. de acq. vel om. her. fr. 5. de b. p. c. t. fr. 42. § 3. de bon. libert. fr. 3. §. 30. de SC. Silan.

8) Etwas Aehnliches ist, daß der Fideicommissar aus der Person des Fiduciars eine Restitution der Agnitionszeit der b. p., exhibendi fideicommissi gratia, verlangen kann. fr. 63. §. 14. ad SC. Trebell.

Fünftes Buch.

Die Reception der bon. poss. und das heutige Recht.

Einleitung.

§. 172. In den voraufgehenden vier Büchern sind die
estaltungen, welche die bon. poss. bei den Römern gewonnen
it, vollständig dargestellt. Es bleibt uns als letzte Aufgabe
e Untersuchung der Zeiten, in denen das Studium und die
nwendung des Römischen Rechtes wieder auflebte, und all-
ählig auch nach Deutschland übertragen wurde. Dadurch
erden wir in den Stand gesetzt werden, das heutzutage gel-
nde Recht, als das Endresultat des gesammten Werkes, mit
Sicherheit festzustellen.

Es ist hier nicht der Ort, die Gründe anzugeben, aus
enen überhaupt das Römische Recht zu einem in Deutschland
ractisch anwendbaren geworden, und den Gewinn klar zu ma-
hen, der uns aus dieser Aufnahme eines großen Complexes
vissenschaftlich ausgebildeter Institute erwachsen ist [1]). Wohl
ıber muß hier kurz hervorgehoben werden, welche Nachtheile
nit dieser Reception verknüpft gewesen sind, welche Fehler
nan bei der Handhabung des Römischen Rechtes sich hat zu
Schulden kommen lassen.

Daß durch das Auftreten des Römischen Rechtes die Pflege und Anwendung des Deutschen eine lange Zeit über die Gebühr zurückgedrängt worden, ist eine bekannte Sache. Man hat nicht bloß Römisches Recht auf Verhältnisse übertragen, für die es gar nicht paßte, man hat auch da, wo in der That Römisches Recht ganz wohl zur Anwendung geeignet war, doch unterlassen, es mit den daneben stehenden Deut-

---

1) S. meine Schrift: über die Entwicklung eines positiven gemeinen Rechts in der Menschheit. Basel. 1846.

schen Rechtsansichten gehörig zu verarbeiten, so daß der Begriff eines einheitlichen Deutschen Rechtes, das, sei es nun aus Römischer oder Deutscher Quelle hervorgegangen, doch immer ein einziges organisch gegliedertes Ganzes ausmachen muß, [illegible] verloren ging. — Es läßt sich erklären, wie dies gekommen ist. Das Römische Recht ist in so trauriger äußerer Gestalt auf uns gelangt, daß es des Studiums von Jahrhunderten bedurfte, um den Inhalt und Geist desselben überschauen, und mit bewußter Selbständigkeit beurtheilen zu können, was davon noch für uns brauchbar sei. Aber eben dies Jahrhunderte lang fortgesetzte gelehrte Studium wirkte nur leider zu sehr auf das practische Rechtsleben ein. Das Recht, welches man anwandte, war ein dem Volke entfremdetes, und das im Volke dennoch in der That noch lebende Recht wurde von den Juristen nicht so, wie geschehen sollte, angewandt. So ist denn der Rechtszustand, der sich in Deutschland seit dem Eindringen des Römischen Rechtes gestaltete, wahrlich kein lobenswerther gewesen. Freilich ist der Wunsch ein verkehrter, daß wir das Römische Recht überhaupt nicht hätten aufnehmen sollen, wohl aber ist es vollständig begründet zu sagen, daß unsere Vorfahren das aufgenommene Römische Recht weit besser hätten handhaben können, als geschehen ist 2).

Hieraus erklärt sich von selbst nun auch Folgendes. Wenn man nicht einmal das bestehende Recht richtig zu fassen und zu handhaben verstand, so ist noch viel weniger daran zu denken, daß die vor uns liegenden Jahrhunderte zu einer wohlüberlegten und tief genug eingreifenden Fortbildung der von den Römern recipirten Rechtsinstitute die Kraft gehabt hätten. Die Fortbildung des Rechts geschieht durch Gesetz, Gewohnheitsrecht und durch die Wissenschaft. Es würde eine große Kurzsichtigkeit verrathen, wenn man meinen wollte, daß die Römischen Juristen, so viele Rechtsinstitute sie auch vortrefflich ausgebaut haben, überhaupt fertig geworden wären, und daß sie nicht späteren Männern von wissenschaftlicher Kraft große Gebiete der Thätigkeit hinterlassen hätten 3). Die Deutschen Juristen

2) s. die in Note 1. angef. Schrift S. 18. ff.

3) Ein verhältnißmäßig geringes Beispiel unter vielen ist die oben behandelte Frage von der Erbantretung durch Stellvertreter.

er, von zu viel Ehrfurcht vor den Römern erfüllt, und zu
enig vom Geiste der Römischen Juristen beseelt, wagten sich
lten auf ein solches Feld. Ebensowenig war man in Fragen,
o die Fortbildung des Rechtes nicht mehr durch die wissen-
haftliche Autorität der Juristen sondern nur durch die Gesetz-
ebung möglich ist, darauf bedacht vorwärts zu schreiten. Leh-
en, wie das Notherbenrecht in seiner Justinianeischen Gestal-
ung, bedürfen doch dringend genug der Umbildung, aber die
Deutsche Reichsgewalt war nicht im Stande, ein ganz Deutsch-
and umfassendes besseres und einfacheres Gesetz zu geben. So
onnte denn höchstens durch einzelne particulare Gesetze gehol-
en werden, aber der Vortheil der einheitlichen Fortbildung des
n Deutschland geltenden Rechtes ging verloren.

Hoffen und streben wir, daß es bald und gründlich an-
ders werde, daß wir wieder eine gesetzgebende Autorität erlan-
gen, die eine lebendige, auf ganz Deutschland gemeinsam sich
erstreckende Thätigkeit unserem Rechtswesen zuwende, die da
theils bestehendes Recht (sei es national-deutschen Ursprungs
oder von den Römern entlehnt) zur leichteren practischen An-
wendung sammle, theils aber umgestaltend eingreife, wo das
Recht der Fortbildung bedarf. Hoffen und streben wir aber
auch, daß frischer wissenschaftlicher Geist uns innewohne, um
unserm Rechte fortwährend das Leben und die Kraft der Prin-
cipien einzuflößen, wie dies einst die Römischen Juristen in
ihrem damaligen Rechtszustande verstanden haben. —

Diese Vorbemerkungen werden genügen, um uns auf den
Standpunkt zu stellen, dessen wir für die folgenden Untersu-
chungen bedürfen. Wir haben uns die gelehrten Studien zu
vergegenwärtigen, welche man auf diese Lehre der bon. poss.
gerichtet hat, und müssen untersuchen, wie sich diesen gegen-
über das practische Rechtsleben verhielt. Es wird sich zeigen,
daß in unserer Lehre die Theorie meistentheils so völlig entfernt
von der Wirklichkeit sich bewegte, daß es in vielen Punkten gar
nicht möglich war, auch wenn die Juristen danach strebten, eine
Anwendung in der Praxis durchzuführen. — Wir haben ferner
unser Augenmerk darauf zu richten, ob das Römische Recht durch
neuere Rechtsgestaltungen umgebildet worden ist, und in dieser
Hinsicht haben wir, da die Thätigkeit der Gesetzgeber hier sich

vergeblich suchen läßt, hauptsächlich dem aus dem practischen Bedürfniß von selbst sich entwickelnden Gewohnheitsrechte nachzuforschen.

Hiemit werden wir uns, da wir das System der b. p. unmöglich von den nahe liegenden Lehren der **hereditas** absondern können, überhaupt ein Bild entwerfen, in welcher Weise die Hauptprincipien des Römischen Erbrechtes in neueren Zeiten und namentlich in Deutschland gemeinrechtliche Geltung erlangt haben. Freilich liegen diese Resultate des gemeinen Rechts schon theilweise wieder im Gebiete der Vergangenheit, indem bekanntlich große Theile Deutschlands sich durch besondere Gesetzgebungen aus dem Gebiete des gemeinen Rechts abgelöst haben, und es ist vorauszusehen, daß mit der Zeit die Länder des gemeinen Rechts überhaupt verschwinden werden. Nichtsdestoweniger werden wir in diesem Werke zu einem allgemeingültigen, nämlich negativen Endresultat *gelangen*. Die **bon. poss.** ist, wie wir sehen werden, nicht *bloß erst in* den neueren Gesetzgebungen, sondern auch schon im gemeinen Rechte ein unpractisches Institut geworden, sie erstreckt ihre Wirkungen nur noch mittelbar in die Gegenwart hinein. Ihr Leben ist bereits beendigt, und wird mithin, welcherlei Fortentwicklungen unseres Rechts nun auch vor uns liegen, davon jedenfalls nicht mehr afficirt. Die ganze Lehre ist für uns wichtig, und muß von uns studirt werden wegen der großen Rolle, die sie einst im Erbrecht gespielt hat, wegen des Zusammenhanges, in dem sie mit andern noch heutzutage geltenden Instituten einst gestanden hat, und endlich wegen der aus ihr selbst hervorgegangenen in der Gegenwart bestehenden Rechtsinstitute. —

Es bedarf aber, um zu dem angedeuteten *negativen* Resultate zu gelangen, in dieser Einleitung *nothwendig* noch der genaueren Feststellung der Principien, nach *denen* wir es zu beurtheilen haben, in welcher Weise dem Römischen Rechte und dessen einzelnen Instituten bei uns eine gemeinrechtliche Geltung zu Theil geworden ist. Man wird aus dem Verlauf der Darstellung ersehen, daß ich diese allgemeinere Entwickelung von der Geltung des Römischen Rechtes nicht entbehren

men[4]), indem in dieser Hinsicht keineswegs eine solche Uebereinstimmung der Ansichten besteht, daß ich sie als etwas allgemein Bekanntes und Feststehendes vorauszusetzen vermögte. Umgekehrt aber kann ich auch nicht unterlassen zu bemerken, daß in der so vielfach besprochenen Frage von der Geltung des Römischen Rechtes unsere Literatur sich viel zu sehr mit solchen bloß allgemein gehaltenen Ausführungen, wie ich sie hier voraufstellen will, begnügt hat. Es muß die Geltung aller einzelnen Institute, sowohl der Römischen als auch dem gegenüber der deutschrechtlichen, genau untersucht werden, wenn wir den Gesammtcomplex des gemeinen Rechtes, auf dem doch auch die neueren Gesetzgebungen ruhen, und an den sich immer alle weitere einheitliche Fortbildung unseres Rechtes anknüpfen wird, vollkommen durchschauen wollen. Erst aus der Durchführung in den einzelnen Instituten läßt sich ersehen, ob die aufgestellten allgemeinen Principien die richtigen sind, und es läßt sich leicht nachweisen, daß viele Sätze, die wir bei neueren Schriftstellern lesen, für das eine Institut, an das man gerade dachte, richtig, für ein anderes, an das man nicht dachte, unrichtig sind, daß sie mithin in absoluter Allgemeinheit ausgesprochen als halbwahr d. h. als falsch erscheinen. Viel hat dabei auch eine gewisse unbestimmte Vorliebe mitgewirkt, die man von verschiedenen Seiten her entweder zu einem Römischen oder umgekehrt einem national Deutschen Institute mitbrachte. Und so ist es leider gekommen, daß unsere Juristen sich gleichsam in zwei Feldlager getheilt haben, und oft als Eroberer erscheinen, von denen die Einen dem Deutschen, die Anderen dem Römischen Rechte immer mehr Terrain unterwerfen mögten. Es ist die äußere Scheidung, die sich aus einer natürlichen Theilung der Arbeit und gewissen Vortheilen für die Erlernung des Rechts erklärt, zu einer inneren Entfremdung geworden. Als wenn wir nicht allesammt Deutsche Juristen wären, verpflichtet, lediglich das, was in dem Deutschen Rechtsbewußtsein wahrhaft besteht (sei es nun Deutschen oder Römischen Ursprungs),

4) Es wird unten sich zeigen, daß die falschen Ansichten über die Geltung der b. p. hauptsächlich auf allgemeinen Irrthümern über die Geltung des R. R. beruhen.

als geltendes Recht anzuerkennen, und unter sich zu einem wohlgefügten Organismus zu verarbeiten [5])!

Einen großen Theil der Schuld tragen hiebei allerdings manche Bearbeiter des Römischen Rechts. Man hat vielfach Römische Institute (und dahin gehört auch die bon. poss.) in Compendien und Abhandlungen ein Scheinleben fortführen lassen, welches das deutsche Rechtsleben nie anerkannt hat, und worunter so leicht das wirklich vorhandene Deutsche Recht ganz unerkannt vergraben wird. Der Hauptgrund davon liegt darin, daß man die Geschichte Römischer Rechtsinstitute seit Justinian keineswegs von dem Standpunkte auffaßt, der ihr gebührt. Es giebt Viele, die sie ganz vernachlässigen, die da meinen, wenn nur ein Rechtssatz bis Justinian hingeführt wäre, wenn sich nur der kaiserliche Wille für die Geltung irgend einer Bestimmung nachweisen lasse, so sei damit dem Studium Genüge geleistet, und jedes Resultat eines solchen Studiums, ein etwa durch neue Interpretation einer Codex- oder *Novellenstelle* ganz umgestalteter Rechtssatz habe sogleich auf Anwendung in der Praxis Anspruch.

Wer so das Römische Recht handhabt, verfällt dem alten Irrthum, das Corpus juris als Gesetzbuch, Justinian als unseren Gesetzgeber anzusehen, ein Irrthum, der, so Viele ihn auch getheilt haben, dennoch dadurch nie zur Wahrheit geworden ist. Das Römische Recht ist bei uns Gewohnheitsrecht, es gilt nur soweit unser Rechtsleben die Institute des Corpus juris recipirt und in eigenen Nutzen verwandt hat.

Es giebt freilich Manche, die den ersten Theil dieses Satzes zugestehen, aber wenn sie auch die Geltung des R. R. auf Gewohnheitsrecht stützen, dennoch ungefähr auf dasselbe Resultat kommen, als Jene, die, weil sie einmal ohne Gesetzbuch nicht leben zu können meinten, im Corpus juris einstweilen ihr Bedürfniß befriedigt sahen. Man findet vielfach in neueren Schriften den Ausdruck, das R. R. sei bei uns Gewohnheitsrecht, aber es sei „als ein Ganzes“ recipirt, und eben daher habe ein neuer Rechtssatz, der sich im Corp. jur. nach-

---

5) s. d. Note 1. cit. Schrift. S. 25. ff.

weisen lasse, auch wenn er bisher noch nicht angewandt sei, dennoch vollen Anspruch auf Geltung.

Ich habe immer, wo ich diesen Ausdruck gebraucht sah, eine genaue Erklärung vermißt, was man darunter verstanden wissen wolle. Es giebt sogar Schriftsteller, denen man ziemlich genau nachweisen kann, daß sie auch nicht einmal sich selbst hierüber genügend klar geworden sind. Ich kann daher nicht umhin, in möglichster Kürze hier anzudeuten, wie man ihn, um die Wahrheit der Sache zu treffen, zu verstehen habe.

Es soll durch den Ausdruck jedenfalls das Extrem ausgeschlossen werden, daß wir nicht bloß einzelne Sätze des R. R. und zwar diese als lauter Specialitäten in unser Rechtsleben übertragen haben. Es ist klar, daß die Geltung des R. R. als gemeines Recht nicht so aufzufassen sei, als wenn man z. B. jetzt von Frankreich sagt, es gelte dort nach dem Code Napoleon noch viel Römisches Recht. Die Römischen Sätze gelten dort allerdings, aber in dem Zusammenhang, in der Gestalt, die ihnen der Code gegeben hat, ihr Geltungsgrund kann gar nicht mehr darauf zurückgeführt werden, daß sie ein Theil des Justinianeischen Rechts sind. In Deutschland dagegen erscheint nach dem Rechtszustande des gemeinen Rechts das Aufgenommensein eines Satzes in das Corpus juris als Grund für seine Geltung in der Praxis, und man sagt daher, um dies auszudrücken, mit Fug, das R. R. sei als ein im Corp. jur. zusammengefaßtes Ganzes recipirt.

Von der anderen Seite dient der Ausdruck auch noch dazu, um das entgegengesetzte Extrem abzuschneiden. Wir haben nicht alle Sätze des R. R., welche wir kennen, angenommen. Wer z. B. im Interdictenverfahren zur Zeit des ordo judiciorum eine Summarietät finden will, hat damit noch Nichts für das heutige Recht bewiesen. Es gilt bei uns weder das Vorjustinianeische noch das später im Griechischen Kaiserreich Bestimmte, es gilt das Römische Recht als ein von Justinian zusammengefaßtes Ganzes.

Aber damit ist die Sache noch nicht erklärt, denn Niemand wird behaupten wollen, daß Alles gilt, was im Corp. jur. steht. Man muß also noch andere Momente herzuziehen. Man sagt deßhalb, das R. R. gelte so, wie das Canonische

Recht, (das vielfach nur Germanische Rechtsansichten aussprach) und die Glossatoren es anerkannten. Aber das Canonische Recht zählt nicht Alles auf, was vom R. R. practisch oder unpractisch sein sollte, wir wissen also damit doch noch nicht das geltende R. R.; und von der anderen Seite ist der Satz quod non agnoscit glossa, nec agnoscit curia, auf den man sich rücksichtlich der Bedeutung der Glosse beruft, nur negativ: es gilt nicht, was die Glosse schon für unpractisch hielt, aber es gilt keineswegs Alles, was man glossirte. Und woher sollte es auch kommen, daß wir in der traurigen Stabilität huldigten, daß wir das Wesen des Rechtes nicht auch hier wieder erkennen sollten, wonach die Rechtsinstitute im Lauf der Jahrhunderte, nach dem Bedürfniß des Lebens, sei es durch Gesetzgebung sei es durch Gewohnheitsrecht, sich fortbilden, Altes abstreifend, Neues ansetzend, und dadurch gerade ihre stete Frische bewahrend? Dies, was wir *allenthalben* finden, sollte es nicht auch für die Rechtsinsti*tute gelten,* welche wir von den Römern kennen gelernt, und als passende in unseren Besitz herübergezogen haben?

Ich brauche dies wohl nicht weiter auszuführen, um den Satz zu beweisen, daß wir, um die practische Geltung eines Römischen Rechtsinstitutes zu rechtfertigen, uns wahrlich nicht bloß auf dessen Aufnahme ins Corpus juris berufen dürfen, daß wir es durch den ganzen Lauf der Jahrhunderte zu verfolgen, und zu untersuchen haben, ob die schaffende Kraft dieser Jahrhunderte (welche diesen, wenn sie gleich bedeutender hätte sein können, doch wahrlich nicht ganz abzusprechen ist) modificirend eingewirkt hat oder nicht.

Aber die eigentliche Schwierigkeit ist auch hiermit noch nicht gelöst. Wenn wir einen Rechtssatz im Corp. juris finden, wenn wir im Allgemeinen sehen, daß die Glossatoren ihn nicht für unpractisch gehalten haben, wenden wir ihn dann so lange an, bis uns im Gegentheil bewiesen wird, daß das Deutsche Rechtsleben ihn modificirt oder aufgehoben habe? — oder aber wenden wir einen Satz des Corp. juris nur dann an, wenn wir selbst vorher beweisen können, daß ihn das Deutsche Rechtsleben stets befolgt und anerkannt habe; m. a.

. spricht die Präsumtion für die Anwendung des
ömisch-Justinianeischen Rechts oder nicht?

Das ist die eigentliche Cardinalfrage, von deren Beant-
ortung das Endresultat in so vielen Lehren, und auch in der
ıfrigen abhängt. Wir müssen sie scharf ins Auge fassen, und
her zu beantworten suchen.

§. 173. Bei der Frage, ob das Justinianeische Recht
e Präsumtion für sich habe, benutzt man zur Bejahung der-
lben den bekannten Satz, daß der, welcher sich darauf berufe,
ındatam intentionem habe. Es scheint mir aber beim Ge-
cauche dieses Satzes zweierlei, was genau zu unterscheiden
t, sehr häufig verwechselt zu sein. Die Frage, ob ein In-
itut des Römischen Rechtes practisch anwendbar sei, theilt
ch offenbar in zweie: ob dasselbe zu dem großen Complexe
er Rechtslehren gehöre, welche die neuere Zeit überhaupt reci-
irt hat, während so viele andere Lehren, wie die Stipulation,
ie Pönalklagen, die Eigenthümlichkeiten der stricti jur. obl.,
ie Infamie, von vorn herein dem Deutschen Rechtsleben
remd geblieben sind. Sobald von einer Lehre dies zu bejahen
st, so fragt sich weiter, ob sie nun auch an jedem einzelnen
Orte Deutschlands vom Richter anzuwenden sei. Beide Fragen
gehören vor ganz verschiedene fora, sie werden nach ganz ver-
schiedenen Regeln beantwortet.

Die letztere Frage wird damit erledigt, daß das Römische
Recht gemeines Recht sei, d. h. wer sich darauf beruft, braucht
dessen Gültigkeit an einem bestimmten Orte im Proceß nicht
weiter darzuthun, sondern es wird befolgt, bis vom Gegner
ein entgegenstehendes Particularrecht bewiesen wird [1]), und eben
dies drückt man lateinisch so aus, er habe fundata intentio.
Dieser Satz ist also nichts als eine Umschreibung und Erklä-
rung dessen, was man unter dem Ausdruck gemeines Recht
versteht. Aber mit dem Satz beweisen wollen, welche Lehren zum
Complexe des gemeinen Rechtes gehören, und namentlich welche
Lehren des Römischen Rechtes, wäre offenbar die gröbste petitio
principii. Man hat freilich häufig diese Frage damit erledi-

1) Dies kann auch natürlich durch Berufung auf Notorietät geschehen.

gen wollen, daß man sagte, das Römische Recht sei gemeines, das national Deutsche Recht sei particuläres Recht. Aber die Theile dieser Antwort sind gleich mangelhaft, und man sieht neuerdings vollkommen ein, daß man sich mit ihr nicht begnügen kann. Der zweite Theil des Satzes ist falsch. Denn kann Niemand läugnen, daß es vieles eigenthümlich Deutsche Recht giebt, wie z. B. Erbverträge, die Auflösung der väterlichen Gewalt durch separata oeconomia und Heirath der Tochter, die Klagbarkeit der nuda pacta u. s. w., welche gerade so gemeines Recht sind, als das Römische 2). Es giebt auch Deutsches Recht, wobei der sich darauf Berufende fundata intentio hat. Ebenso ist aber auch die erste Hälfte jenes Satzes gleich unrichtig. Nicht alles Justinianeische Recht ist gemeines Recht. Es giebt von der einen Seite bekanntlich sehr viele Institute, die nie in Deutschland recipirt sind, es giebt von der anderen Seite mancherlei Sätze des R. R., die durchaus auf keine gemeinrechtliche Geltung Anspruch machen können, obgleich sie freilich als Particularrecht in manchen Districten bestehen 3).

---

2) Wenn z. B. Wilda in der Zeitschr. f. d. R. II. Bd. ausführt, daß anstatt der Römischen Grundsätze über das Spiel, die die Compendien mit sich führen, von jeher eigenthümlich deutsche Regeln in Geltung gewesen sind, so ist doch kein Zweifel, daß wenn man überhaupt die Ansicht für wissenschaftlich richtig hält, das deutsche Recht nun gerade dieselbe gemeine Geltung hat, welche man bisher den Römischen Rechtssätze beilegte. Es ist eben nur eine solche Veränderung, als wenn man aus den Quellen des Römischen Rechtes eine andere Ansicht beweist, als die bisher herrschend war.

3) Ich glaube man hat auf diesen Punkt bisher viel zu wenig Gewicht gelegt. Ich will nur ein Paar Beispiele anführen, welche das genauere Studium mancher Lehren sehr vermehren würde. Die Röm. Emphyteuse ist durchaus nicht für ein gemeinrechtlich gültiges Institut zu halten, wie Puchta mit Recht behauptet (Pand. §. 174.), während sie particularrechtlich allerdings besteht. Die don. propt. nupt. ist ebenfalls gemeinrechtlich nicht vorhanden, und wenn Zeis (Collation S. 263. Note 157.) behauptet, sie gelte in Braunschweig, so kann das eben nur als Particularrecht aufgefaßt werden. Ein gleiches läßt sich vielleicht von dem Satze nemo pro parte testatus etc. erweisen. — Und wie kann uns überhaupt dies Wunder nehmen? Wenn ganz Deutschland durch Gewohnheitsrecht einen

Wie und von wem wird nun, das ist die Frage, der Be-
is geliefert, welche einzelnen Lehren, sei es des Deutschen
echts sei es des Römischen, zu der Gesammtheit des in Deutsch-
nd gültigen gemeinen Rechts zu zählen seien? Ein be-
nderer Beweis ist hier offenbar zu liefern, eine Präsumtion
ann weder für das Deutsche noch das Römische Recht gefun-
en werden. Jener Satz von der fundata intentio enthält
e, wie wir gesehen haben, jedenfalls nicht, und alle die Ver-
uche, die man sonst gemacht diese Präsumtion zu finden, sind
ichts als verschleierte petitiones principii. Man beweist,
aß das Röm. Recht als gemeines kaiserliches Recht, und zwar
ls ein Ganzes recipirt sei. Daß es als gemeines kais. Recht
ecipirt sei, läßt sich allerdings beweisen, und auch, daß es
ils ein Ganzes aufgenommen sei, sofern man diese Worte
echt versteht. Das aber, was man darunter verstehen müßte,
wenn man jene Präsumtion daraus ableiten wollte, wird nie
bewiesen werden können. Das Corpus juris ist nie als Ge-
setzbuch in Deutschland publicirt worden; wäre diese Publica-
tion in irgend einem Reichsgesetz zu finden (was aber gar
nicht der Fall ist), so wäre sie doch immer als nicht in Gel-
tung getretenes Gesetz anzusehen, denn die Reception in den
einzelnen deutschen Ländern ist dann doch zu sehr verschiedenen
Zeiten und immer aus ganz anderen eigentlich entscheidenden
Gründen erfolgt. Das Corp. jur. ist auch niemals, was Je-
dermann zugeben muß, durch Gewohnheit in allen seinen
Theilen angenommen, was bleibt also übrig, als daß wir,
da es feststeht, daß nicht alle Theile gelten, nun eben die Theile
erforschen, welche wirklich Geltung haben sollen?

Es kann nicht zweifelhaft sein, wem diese Erforschung,
dieser Beweis, was vom Corp. jur. gemeines Recht sei, ob-
liegt. Die Theorie hat das jus finitum hinzustellen, das
Recht, welches im einzelnen Fall anzuwenden ist, die Parteien
im Proceß sollen sich soviel wie möglich nur auf den Beweis
der Thatsachen, nicht der Rechtssätze einzulassen brauchen. So

---

gewissen großen Complex von Römischen Rechtsinstituten recipirt,
ist es denn so unbegreiflich, daß wir in einem einzelnen Districte
Deutschlands außer jenem großen Complexe noch einzelne Römische
Institute überher recipirt finden?

wie sogar das Bestehen der particulären Rechte von der Wissenschaft so weit möglich festgestellt werden soll, so hat sie um so viel mehr den Beruf und die Pflicht, das gemeine Recht, dessen Erkenntnißquellen ihr so leicht zugänglich sind, vollständig zusammenzuordnen. Es ist doch eine sehr einfache Schlußfolgerung, daß, da die Wissenschaft bei jedem vorzutragenden Rechtssatze seine Entstehungsquelle, als Legitimation seiner Anwendbarkeit, zu prüfen hat, sie auch bei jedem Punkt, den sie als gemeines Röm. Recht vorträgt, diese Thätigkeit nie außer Acht lassen darf. Wenn sie nun aber zugiebt, daß das Röm. R. nicht publicirtes Gesetz, sondern Gewohnheitsrecht ist, und daß nicht alle Theile des Corp. jur. Gewohnheitsrecht sind, so muß offenbar bei jedem einzelnen Theile, den wir anwenden wollen, seine gewohnheitsrechtliche gemeine Geltung bewiesen werden.

Dies Princip wird bei der folgenden Darstellung der b. p. streng festgehalten werden, und es wird schon hier einleuchten, welchen Werth wir den Aussagen gar vieler Schriftsteller in unserer Lehre beizulegen haben, welche eine wo möglich allgemeine Anwendbarkeit derselben behaupten, aber mit nichts beweisen, als eben mit der allgemeinen Präsumtion, daß alles im Corp. Jur. Enthaltene practisch sei, sobald sich nicht eine entschiedene Aufhebung desselben darthun lasse. Ich muß hier nur noch einen Erklärungsgrund anfügen, wie es überhaupt gekommen ist, daß diese durch Nichts zu stützende Präsumtion bei so vielen Bearbeitern unserer und anderer Lehren des Röm. Rechts für das Richtige gehalten worden ist, daß sie auch noch heutzutage so vielfach vertheidigt wird. Es ist weniger, glaube ich, das Mühsame, Beschwerliche, oft Unerfreuliche der Arbeit, die Geschichte eines Rechtsinstituts seit Justinian zu verfolgen. Wir haben doch immer Gelehrte gehabt, welche vor solchen Hindernissen nicht zuückgebebt sind. Es ist vielmehr, außerdem daß man vom Gewohnheitsrecht und dem Character des Römischen als eines Gewohnheitsrechtes so unklare Vorstellungen hatte, noch ein anderer Umstand. Es giebt wirklich große Partieen des Röm. Rechts (im Sachenrecht, Obligationenrecht, auch im Erbrecht), deren Reception so auf der Hand liegt, deren Anwendbarkeit so außer allem Zweifel steht, daß

n besonderer genauer historischer Beweis der Reception durchaus überflüssig ist. Wer giebt sich heutzutage in einem Gesichtsbuch noch die Mühe, weitläuftig urkundlich nachzuweisen, in welchem Jahr der Westphälische Frieden geschlossen ist, und wer hält es für nöthig, darzuthun, daß die Grundsätze der rei vindicatio bei uns practisch sind? Man konnte gar leicht dadurch verführt werden, auch andere in jene vielfach eingreifende Theile, wo umgekehrt die Unanwendbarkeit nicht klar auf der Hand lag, für geltendes Recht zu erklären, und gewiß ist dies bei der bon. poss., die so tief in viele entschieden practische Theile des Erbrechts eingreift, bei gar vielen Schriftstellern der unbewußte Veranlassungsgrund.

Aber wer sich einmal des wahren Sachverhaltes bewußt geworden ist, wird bei jedem Rechtssatze, den er ausspricht, sich Rechenschaft ablegen, ob er nach den über die Rechtsquellen bestehenden Principien Anspruch auf heutige Anwendung hat. Er wird auch häufig bei manchen Punkten, die äußerlich so unzweifelhaft zu sein scheinen, als jene Geltung der rei vindicatio, die Mühe der Untersuchung nicht scheuen, denn es ist gar häufig der Fall gewesen, daß manches nach dem äußeren Ansehen der Literatur scheinbar sehr blühende und kräftige Rechtsinstitut, in Wahrheit doch schon lange todt und begraben war, und von der Rechtswissenschaft nur noch als ein antiquirtes Institut in Betracht gezogen werden durfte.

Jedenfalls sieht man aus dem Gesagten, welchen Werth man der Geschichte eines Rechtsinstitutes seit Justinian beizumessen habe. Sie wird jetzt gewöhnlich die Literärgeschichte oder Dogmengeschichte genannt, aber, wie mir scheint, höchst einseitig und ihre volle Bedeutung gar nicht bezeichnend. Sie ist nicht bloß die Erforschung der über eine Lehre aufgestellten wissenschaftlichen Ansichten, welche dann eben nur den Werth hätte, daß der Schriftsteller, der alle seine Vorgänger kennt, besser ihre Fehler vermeiden und ihre Vorzüge sich aneignen kann. Wer sie so auffaßt, bei dem liegt doch immer der Gedanke im Hintergrunde, daß die Geschichte eines Rechtsinstitutes selbst mit Justinian eigentlich zu Ende ist, daß man nur noch von verschiedenen Ansichten über die Erklärung eines einmal festgestellten unveränderlichen Ganzen sprechen kann.

Aber dem ist nicht so. Die Geschichte eines Rechtsinstituts, so weit die Römer selbst die Geschichte geleitet haben, ist freilich für uns mit Justinian zu Ende. Aber die neueren Völker haben die Römischen Institute recipirt und die Fortführung ihrer Geschichte übernommen. Man kann gar häufig sagen, daß ein Rechtsinstitut nach seiner inneren Natur auf die Vollendung in einem bestimmten Ziele hindrängt, zu dem es in ruhigem Gange hinzuführen die Pflicht jedes Zeitalters ist, das seine Aufgabe versteht. Die späteren Römischen Kaiser haben diese Pflicht bei gar vielen Instituten, die ihnen von den klassischen Juristen überliefert wurden, oft gar nicht, oft nur unvollkommen erfüllt. Die neueren Völker dagegen erfüllten die Röm. Rechtsinstitute wieder mit neuer Lebensfrische, und sie haben vielfach gethan, oft in fast unbewußter Weise, aber von gesundem practischen Sinn geleitet, — was (man kann das häufig mit ziemlicher Gewißheit sagen) *schon bei den Römern* geschehen sein würde, wenn die Fortbildung *ihres* Rechts länger noch unter der Leitung einsichtiger Juristen gestanden hätte.

Die b. p., welche dazu aufgestellt war, das Römische Erbrecht zu erweitern und zu verfeinern, führt in sich den Beruf und das Ziel, sich mit der **hereditas** wieder zu einem einzigen Begriff des Erbrechts zu verschmelzen. Wir werden weiter prüfen, ob dies Ziel wirklich erreicht worden ist. Aber auf alle Fälle leuchtet doch das schon ein, daß hier von einer wahren inneren Rechtsgeschichte, nicht bloß von wissenschaftlichen Ansichten der Schriftsteller über ein stabiles Institut die Rede ist. Die Römischen Rechtsinstitute haben die Kraft gehabt, auch über das Römerreich hinaus fortzuleben, sich zu verändern und zu vervollkommnen, wir haben also die Pflicht, wie bei jeder anderen Rechtsgeschichte, zu verfolgen, wie dieses Fortbestehen durch die drei Organe der Rechtsbildung, die es überhaupt giebt: Gesetz, Gewohnheitsrecht und Wissenschaft, geleitet worden ist. Sollten wir dann finden, daß das Ziel, worauf ein Institut hindrängt, bisher noch nicht erreicht ist, so wird das uns zugleich eine Mahnung sein, daß wir dieses Ziel in bewußter Weise, also um so rascher, zu erreichen streben.

§. 174. Die aufgestellten Grundsätze über Behandlung eines Römischen Rechtsinstitutes mögen vielleicht zu manchem Widerspruch reizen, und ich muß hier darauf Verzicht leisten, sie wider die etwa vorzubringenden Gegengründe zu vertheidigen. Nur einem möglichen Einwurf muß ich hier noch begegnen.

Wenn ich die Forderung aufgestellt habe, daß von der Theorie bei jedem einzelnen Institute die Reception nachzuweisen ist, so könnte man daraus ableiten, daß das Römische Recht also doch als ein Aggregat vereinzelter Rechtssätze bei uns recipirt sei, was ich vorher selbst verneint habe. Man könnte meinen, daß nun die Reception jeder auch der speciellsten Rechtsbestimmung nachgewiesen werden müsse, und wo dies nicht möglich sei, auch von einer Anwendung derselben nicht die Rede sein könne.

Da dieser Beweis, wie jeder Kundige leicht einsehen wird, gar nicht immer möglich ist, so würde damit eine große Menge von Rechtssätzen aus dem Leben vertrieben werden müssen, deren Anwendbarkeit schon nach einem inneren Gefühl Niemandem zweifelhaft sein kann; es würde überhaupt die Anwendung des Römischen Rechts zu einer systemlosen unorganischen Benutzung einzelner Particularitäten herabsinken, wie sie nicht unerfreulicher gedacht werden könnte; und zu diesem Resultate führt auch das bisher Gesagte keineswegs.

Wenn man den Ausdruck, das Römische Recht sei als ein Ganzes recipirt, gebraucht, so meint man und zwar mit Recht, mehr, als daß man jene beiden oben angedeuteten Extreme dadurch ausschließen will. Ich habe vorher ausgeführt, daß unter diesem Mehr, was man damit bezeichnen will, nur nicht zu verstehen sei, daß wir in dem Corp. jur. ein Rechtsbuch zu finden hätten, für dessen einzelne Theile stets die Präsumtion der Anwendung spreche. Was man nun in der That darunter zu verstehen habe, wird sich durch Folgendes beweisen lassen.

Es giebt in jedem positiven Recht eine gewisse nicht unbedeutende Anzahl von Fundamentalsätzen, für die sich allerdings wohl ein Erklärungsgrund ihrer Einführung angeben

läßt, die sich aber nicht eigentlich juristisch an andere Sätze anknüpfen lassen. Sie stützen sich direct auf den Willen einer Autorität, welche die Befugniß hat, neues Recht zu erzeugen, oder sie gehen direct aus einer allgemeinen Volksanschauung hervor. Daß z. B. bei den Römern Testamente erlaubt waren, daß der heres als Universalsuccessor aufgefaßt wird, sind Fundamentalsätze, die gar nicht die juristische Folgerung aus irgend einem anderen Rechtssatze enthalten. Dem stehen andere Rechtssätze gegenüber, welche sich alsbald als Folgerungen und consequente Fortentwicklungen darstellen, welche, damit das Recht seine gehörige Entfaltung erhalte, aus irgend einem Fundamentalsatze oder aus einem selbst schon wieder gefolgerten Satze gezogen worden sind. Es ist von der größten Wichtigkeit, sich bei jeder Rechtsregel klar zu machen, ob sie eine *solche* direct auf den Willen des rechtserzeugenden Organs sich stützende, oder ob sie ein Glied einer etwa länger sich fortziehenden Kette von Schlußfolgerungen ist; und ein Satz letzterer Art verliert dadurch seine Natur nicht, daß er direct in einem Gesetze zuerst ausgesprochen ist, denn derjenige Gesetzgeber ist gerade der beste, der darauf sieht, daß, was er ausspricht, in consequentem Zusammenhange mit anderen schon bestehenden Rechtssätzen stehe. Die meisten Sätze z. B. der act. fam. herc. und der her. pet. sind Folgerungen aus dem Begriff des Erbeseins, indem die Universalsuccession nach allen Seiten hin auch in den Klagen repräsentirt, und geschützt erscheinen muß, und es ändert hieran nichts, daß z. B. Manches für die her. pet. erst durch das s. g. Sc. Juventianum ausgesprochen wurde. — Auf der Scheidung dieser beiden Klassen ruht die eigentliche juristische Kunst, das s. g. Rechnen mit Begriffen. Denn der Jurist muß wissen, wo er nach juristischen Gründen zu fragen hat, und er muß bis zu den Sätzen durchdringen, die keinen anderen Grund haben, als direct die Volksanschauung oder den gesetzgeberischen Willen. Mich will bedünken, daß manche große Streitigkeiten, wie z. B. über den Grund des Satzes nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, unterblieben wären, wenn man sich dabei klar gemacht hätte, daß hier kein juristischer Folgesatz vorliegt, bei dem

eßhalb auch die Römischen Juristen sich damit begnügen, sie uf eine natürliche Anschauung [1]) zurückzuführen.

Dieser Unterschied ist nun auch für die Frage über die Reception Römischer Rechtssätze bedeutend. Wir haben nach len Fundamentalsätzen zu suchen. Ist ein solcher in Deutschand anerkannt, so gelten auch seine Folgerungen. Und zwar st nun dies nicht bloß so zu verstehen, als wenn nur das gelte, was nach logischer Nothwendigkeit aus einem Rechtssatze mmittelbar folgt. Das zu entwickeln, steht uns Juristen schon ohne das zu, wir brauchten es nicht noch auf das Römische Recht zu stützen. Es ist hier von Folgerungen in einem weiteren Sinn die Rede. Das Recht und die Fortbildung des Rechtes ist wegen der Verschiedenheit der menschlichen Verhältnisse vielgestaltig, man kann von einem und demselben Grundgedanken ausgehen, und ihn ganz consequent auf völlig verschiedenen Wegen zu ganz verschiedenem Ziele durchführen. Ein anderes Volk könnte z. B. ganz denselben Grundbegriff des Erbeseins haben, könnte ihn mit gleicher Consequenz und Sicherheit, wie die Römer es gethan haben, durch alle Theile des Erbrechts durchführen, und es könnte doch ein durchaus anderes Erbrecht, als das Römische, das Resultat sein. Wir haben nun aber diesen Römischen Begriff des Erbeseins nicht als Einzelnen, sondern gerade so recipirt, wie die Römer ihn durchgeführt haben, d. h. nicht bloß mit dem, was direct logische Consequenz desselben ist, sondern mit allen Gestaltungen, die ihm Römische Gesetze, Prätorisches und Juristenrecht aufgeprägt haben.

Und das ist eben das Gute an der Reception des Römischen Rechts. Ein einzelnes Rechtsprincip hat an und für sich wenig Werth, aber es hat sich nach den vielfachen Beziehungen des Lebens in eine oft große Menge einzelner Rechtsregeln zu zerspalten; und hier kommt es auf eine consequente harmonische Durchführung des Princips an, es muß in allen den speciellen Rechtssätzen, die auf ihm ruhen, der naturgemäße Baum zu erkennen sein, dessen Zweige und Blätter insgesammt aus einer und derselben Wurzel Nahrung und Leben

1) „quorum naturaliter inter se pugna est."

erhalten. Weil die Römer es verstanden haben, so vielen ihrer Rechtsinstitute einen solchen organischen Zusammenhang zu geben, konnten neuere Völker überhaupt darauf geführt werden, diese Rechtsinstitute, sobald sie überhaupt mit der neueren Zeit vereinbar waren, bei sich einheimisch werden zu lassen, indem sie dadurch in den Besitz eines wissenschaftlich und consequent ausgebildeten Rechtes gelangten, zu dem die einheimischen Institute sich noch nicht emporgeschwungen hatten. Gerade war dies der Hauptgrund der Aufnahme des Römischen Rechts, so versteht es sich von selbst, daß die Institute, die man überhaupt recipirte, als Ganze aufgenommen wurden, daß nicht bloß etwa die Grundlagen, sondern das ganze Gebäude, als solo cohaerens, Eingang fand, ohne welches eben die nackte area wenig Wohnlichkeit dargeboten haben würde. In dieser Hinsicht muß man allerdings sagen, daß das Römische Recht, d. h. der Inbegriff aller überhaupt anwendbaren Institute des Corp. jur. als ein Ganzes recipirt wurde, und so braucht also, um bei obigem Beispiele zu bleiben, wenn einmal feststeht, daß der Römische Begriff des Erbeseins bei uns feststeht, nicht noch besonders bewiesen zu werden, daß auch dasjenige gilt, was die Römer für die Erbrechtsklagen, für das Verhältniß der Miterben, für die Stellung des Erben zu den Legataren, (obgleich das Alles gar nicht immer das Ergebniß logischer Nothwendigkeit ist) daraus abgeleitet haben. Alles was im Gebiete solcher Institute durch unser Studium auch ganz neu aus dem Corp. Jur. entwickelt wird, darf als gemeinrechtlich geltend angenommen werden, und wo innerhalb solcher Institute ein einzelner Folgesatz unpractisch sein soll, da muß nun erst eine speciell entgegenstehende Deutsche Rechtsansicht nachgewiesen werden[2].

Mir scheint es ziemlich leicht ersichtlich, daß man gerade diese Geltung des Römischen Rechts mit jenem so viel gebrauchten Ausdruck der „geschriebenen kaiserlichen Rechte“ bezeichnet hat. Das Geschriebensein der Römischen Rechtsinstitute war das äußerlich hervorstechende Kennzeichen, ihr innerer

---

2) So z. B. erkennt man in Basel, obgleich man den Röm. Begriff des Erbeseins durchaus recipirt hat, doch den Satz von dem ipso jure Getheiltsein der Forderungen unter mehren Erben nicht an.

:rth, ihre wissenschaftliche Ausbildung wäre ohne dies Ge-
:iebensein nicht denkbar, und ebendeßhalb bezeichnete man sie,
man die Institute in dieser ganzen Ausbildung und Aus-
)nung annahm, nach ihrer äußeren Erscheinung. Es ist erst
ı Irrthum der das Römische Recht bearbeitenden Juristen, daß
s **scriptum** gleichbedeutend sei mit Gesetzesrecht [3]), und
:ser Irrthum ist so verderblich gewesen, weil er den richtigen
tandpunkt bei Beurtheilung der Geltung des Römischen Rechts
vielfach verwischt hat.

Dies sind die Grundsätze, welche ich vorausschicken mußte,
e ich auf den in diesem Buche zu untersuchenden Gegenstand
lbst eingehen konnte. Wir werden sehen, daß die meisten
ragen über die Reception und heutige Geltung der **bonorum**
ossessio von den eben entwickelten Principien direct abhän-
en, und, sobald man über diese nur in Klarheit ist, sich sehr
nfach, kurz, und sicher beantworten lassen.

3) Ein Irrthum, der sich leider noch bis in die neueste Zeit hinein-
zieht. s. z. B. Gerber das wissenschaftl. Princip des gem. Deutsch.
R. (1846) S. 144. 157.

Erstes Kapitel.

Geltung des Prätorischen Erbsystems in der neueren Zeit.

§. 175. Wenn wir untersuchen wollen, wie das Prätorische Erbsystem in der neueren Zeit recipirt sei, ob man das Justinianeische Recht unverändert oder mit wesentlichen Modificationen anerkannt habe, so müssen wir vor Allem die Quellen kennen, aus denen wir zu schöpfen haben. Bekanntlich ist nun bei allen vor uns liegenden Fragen von Gesetzen die hier eingegriffen hätten, nicht die Rede. Im Corpus juris canonici, und in den Deutschen Reichsgesetzen findet sich Nichts die bonorum possessio Betreffendes. Eine directe gesetzliche Aufhebung des Justinianeischen Rechtes also liegt nicht vor, und alle Fragen über die Aufnahme oder Veränderung des Römischen Rechtes reduciren sich auf das Gewohnheitsrecht.

Zur Erforschung dieses Gewohnheitsrechtes nun dienen uns verschiedene Hülfsmittel. Einestheils kann uns dafür das Corpus juris canonici wenigstens in der Hinsicht von Wichtigkeit sein, daß, wenn auch darin gar nicht von bon. poss. die Rede ist, oder besser: weil dies nicht der Fall ist, wir vielleicht auf Punkte stoßen können, wo sie erwähnt sein würde, falls man sie damals nicht für unpractisch ansah. Wir werden nachher sehen, in wie weit solcher Art das Canonische Recht

der That ein Zeugniß für das damals feststehende Gewohnheitsrecht abgiebt.

Ein anderes weit wichtigeres Hülfsmittel sind uns die einzelnen Stadt- und Landrechte Italiens und Deutschlands, insofern wir darin das Erbrecht und gerade das Römische verarbeitet finden. Wenn wir darin gleichmäßig namentlich in Beziehung auf die Antretungsformen und die Fristen nur die civilrechtlichen Bestimmungen des Corpus juris anerkannt sehen, wenn wir sogar directen Hindeutungen auf die Unanwendbarkeit des Prätorischen Rechts begegnen, so ist dies für die Constatirung des allgemeinen Rechtsbewußtseins, das zu erforschen unser Zweck ist, von der unmittelbarsten Beweiskraft.

Außerdem sind das ergiebigste Hülfsmittel, dem wir daher unsere ganz vorzügliche Aufmerksamkeit zuwenden müssen, ohne alle Frage die Schriften der Juristen aus allen den Jahrhunderten, welche die Justinianeische Zeit von der Gegenwart trennen. In einer doppelten Hinsicht, welche wir genau von einander zu trennen haben, ist ihr Inhalt von uns in Betracht zu ziehen.

Wir haben nämlich einestheils die rein wissenschaftlichen Ansichten daraus kennen zu lernen, welche über die bonorum possessio in dieser Reihe von Jahrhunderten geherrscht haben, d. h. also Alles, was zur Erklärung des Römischen Rechtes von den Bearbeitern desselben geleistet worden ist; m. a. W. die wahre Literärgeschichte der bon. poss.

Anderntheils aber haben wir auch sorgfältig den practischen unsere Lehre betreffenden Bemerkungen der Schriftsteller nachzuspüren, d. h. also Allem, was sich in Beziehung auf die Anwendung der bonorum possessio im neueren Rechtsleben in unserer Literatur findet. In dieser Hinsicht ist sie uns der Zeuge, und gerade der wichtigste Zeuge für das unsere Lehre betreffende Gewohnheitsrecht.

Wer mit der vor uns liegenden Literatur auch nur wenig bekannt ist, wird keinen Augenblick darüber zweifeln, welche von diesen beiden Ausbeuten, die sie uns darbietet, die wichtigere genannt werden müsse. Ich habe dies bereits in der Einleitung zum ersten Bande S. XXI—XXIII. genügend hervorgehoben. Die wissenschaftlichen Leistungen, welche zur

Erklärung des Römischen Rechtes dienen sollen, sind ganz in unserer Lehre außerordentlich unbedeutend und für uns wenig lehrreich. Sie stehen mit dem, was uns in vielen andern Theilen des Römischen Rechtes von der Literatur dargeboten wird, in gar keinem Verhältniß. Proben zur Bekräftigung dieses Urtheils werden wir in der Folge genug kennen lernen, und daß dem so sei, kann uns auch gar nicht wundern. Wenn irgend eine Lehre, um überhaupt verstanden zu werden, weitläuftiger historischer Untersuchungen bedarf, so ist es die unsrige. Das vorliegende Werk beweist dies wohl zur Genüge, wenn es überhaupt noch des Beweises bedürfte. Zu den nöthigen historischen Untersuchungen aber fehlte es den verflossenen Jahrhunderten theils an Lust und Geist theils an Hülfsquellen, und so brauchen wir, neben dem wenigen Guten, das sich allerdings findet, uns weder zu wundern noch zu ärgern über all den Unsinn, der sich hier aus dem Staube alter Bücher heraussuchen läßt.

Die andere Ausbeute dagegen, die Erkenntniß des *practischen* Rechtes, macht das Studium der über die bon. poss. vorhandenen Literatur wahrhaft lohnend. Wir müssen aber freilich, wenn wir hierbei sicheren Schrittes gehen wollen, die Aeußerungen der Schriftsteller über die Anwendbarkeit der Lehre mit kritischer Sorgfalt ins Auge fassen. Wir können nämlich vielfach dabei ganz zweifellos erkennen, daß dieselben lediglich auf der Ansicht ruhen, alles Justinianeische Recht sei von selbst auch practisch, ja noch mehr, es kommt sehr oft vor, daß der Schriftsteller sich ganz auf den Standpunkt Justinians versetzt, und von practischem Rechte nur im Gegensatze zum vorjustinianeischen spricht. Alles dies beruht also gar nicht auf einer Kenntniß und Anschauung des Rechtslebens, die Zeit, in welcher der Schriftsteller selbst lebte, ist dabei ganz ignorirt, es hat also für uns gar keine Beweiskraft.

Wir können vielmehr zur Constatirung des uns interessirenden Gewohnheitsrechtes nur diejenigen Angaben brauchen, worin wir eine entschiedene Berücksichtigung des neueren Rechtslebens erkennen. Dahin gehört natürlich einestheils Alles, was als dem Justinianeischen Rechte widersprechend und als geltendes Recht gelehrt wird. Anderntheils aber, wenn es sich umgekehrt

n die Anerkennung des Justinianeischen Rechtes handelt, so üssen wir verlangen, daß die Aeußerung des Schriftstellers cht lediglich auf die irrthümliche Präsumtion, alles im Corp. ur. Stehende sei von selbst auch practisch, sich stütze, sondern ir bedürfen solcher Zeugnisse, welche sich auf entschiedene ge= wohnheitsrechtliche Reception des Justinianeischen Rechtes be= ufen. Aber auch hiemit können wir noch nicht zufrieden sein. Wir dürfen natürlich nicht gleich auf Treu und Glauben hin= ehmen, was irgend ein beliebiger Scribent als recipirtes oder mgestaltetes Römisches Recht vorträgt, sondern wir haben tets, was sich von selbst versteht, nach der Stellung, dem An= ehen, der Zahl der Schriftsteller zu prüfen, ob das, was sie ehren, Glauben verdient, ob es aus einer wahren lebendigen Erkenntniß des Rechtslebens hervorgegangen sei.

Ehe wir nunmehr die Untersuchung selbst beginnen, bedarf es nur noch der kurzen Uebersicht, in welche Theile dieselbe zerfällt, und zu diesem Zwecke muß ich gleich hier einen Haupt= punkt erwähnen, dessen Beweis ich später liefern werde. Es ist nämlich durch ein ganz entschiedenes Gewohnheitsrecht von der Glossatorenzeit her das **Int. quor. bon.** im Verein mit der **missio Hadriana** zu einem possessorischen Rechtsmittel ge= worden, welches nicht mehr bloß dem **bonorum possessor**, son= dern jedem **heres** zusteht, welches also mit anderen Worten von den prätorischen Antretungsformen und Fristen, und über= haupt von allen Regeln des **successorium edictum** befreit worden ist. Dadurch aber hat sich das Interdict aus der übri= gen Lehre von der **bonorum possessio** ganz ausgeschieden, und steht mit der Frage, in welchem Umfange diese letztere re= cipirt sei, in gar keinem Zusammenhange mehr. Das Inter= dict und die **missio** ist jetzt eine eigene selbständige Lehre, von der Verleihung des Erbschaftsbesitzes vor definitiver Feststellung des Erbrechts durch die **her. petitio**, geworden. Hiedurch war die Anordnung unseres Stoffes in zwei Kapitel von selbst bedingt. Das erste handelt von der Reception des ganzen Sy= stems der **bon. poss.** eben mit Ausschluß des ihr ganz ent= fremdeten Interdictes. Das zweite kann dann nicht lediglich

mehr dieses Interdict, sondern es muß mit erweiterten Gre überhaupt das umfassen, was sich im heutigen Recht auf possessorische Erbschaftsregulirung bezieht, wobei die Grundsätze des Interdictes und der **missio Hadriana** einen untrennbaren inneren Zusammenhang darbieten. — Jenes erste Kapitel in dessen Eingange wir hier stehen, zerfällt nach dem Charakter der vor uns liegenden Literatur [1]) in mehre Perioden: Zeit vom Anfange der Literatur bis zum Ende der Glossatoren, sodann das vierzehnte und funfzehnte Jahrhundert, in welchen unsere Lehre durch scholiastischen Schwulst bis zur Unkenntlichkeit entstellt wurde; drittens das Wiederaufleben gesunderen Sinnes seit Alciat, Zasius, Cujacius, bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts; endlich die neuste hauptsächlich auf historische Untersuchung der **bon. poss.** gerichtete Zeit.

I. Die Glossatoren und ihre Vorgänger.

1. Die Turiner Glosse Nr. 315.—330. (Savigny Gesch. d. R. R. im M. A. II. S. 459—461).
2. Petri Exceptiones I. c. 6—27. (Savigny a. a. O. S. 333 f.)
3. Summa novellarum constitutionum (Brachylogus) II. Tit. 35.
4. Summa des Rogerius zum Codex. (Ein Bruchstück davon bei Savigny a. a. O. IV. S. 436. ad tit. Quor. bon.)
5. Summa des Placentinus zum Codex. (Moguntiae 1536) ad tit. qui admitti. etc.
6. Summa des Azo zum Codex (Venet. apud Franc. Bindoni 1566.) ad tit. qui admitti. etc.
7. Summa des Hugolinus zu den Digesten (in der Ausgabe bei Azo mit abgedruckt. s. darüber Savigny a. a. O V. S. 51).

---

1) Es wird gewiß Niemand erwarten, daß ich im Folgenden alle Bücher citire, in denen von bon. possessio die Rede ist, ich würde dann jedes Institutionen- und Pandekten-Lehrbuch anführen müssen, wenn gleich das darin Gesagte völlig unbedeutend und zum hundertstenmale wiederholt ist. Ich führe nur dasjenige an, was mir nöthig schien, um dem Leser die volle Anschauung von dem zu geben, was die Literatur in unserer Lehre beschäftigt hat. Eine ansehnliche Zahl von Büchern dagegen, die mir durch die Hände gegangen ist, hat mich nicht gereizt, auch den Leser damit zu behelligen. — In der Regel werde ich bei den in der Folge zu citirenden Büchern die Ausgaben bemerken, welche ich in der Hand gehabt habe.

Die Glosse des Accursius zum Tit. Inst. de bon. poss. Dig. lib. 37. 38. Cod. ad tit. qui admitti. etc.

Die Casus des Vivianus zum Infortiatum lib. 37, u. 38. (in der glossirten Ausgabe von Fehius. Lugduni. 1627. mit abgedruckt). 1).

§. 176. A. Literärgeschichte. Die Glossatoren ga- n sich noch viel zu sehr mit der Interpretation der einzelnen tellen ab, als daß sie daran hätten denken können, viel All- meines, die ganze Lehre der b. p. Umfassendes, zu sagen. ehr schon findet sich dies bei Vivianus. — Folgendes ist in ırzem Abriß, was man damals über das ganze Institut lehrte; h lege dabei hauptsächlich Azo's Summa zum Grunde:

Die b. p. ist emendandi jur. civ. gratia vom Prätor ingeführt, theils um die Intestatklassen zu vermehren, theils m sec. tab. den postumus alienus zu rufen. Sie wurde ann aber auch noch corrigendi und confirmandi j. c. gr. gegeben 2). Sie ist überhaupt das jus retinendi persequendique patrimonii etc. (fr. 3. de b. p.), nur muß man u dieser Ulpianschen Definition noch hinzusetzen: praetorium. Sie ertheilt die commoda et incommoda, und das dominium, aber nur das utile dominium. Man muß sie als ein jus propter quod persequimur, non quo persequimur auffassen 3), d. h. die bon. poss. ist keine Klage wie die her. pet. possessoria, sondern sie ist der Grund eben diese Letztere anstellen zu können. Man darf übrigens nicht sagen possessio bonorum, sondern nur bon. poss.

Die b. p. hat danach große Aehnlichkeit mit der hereditas. Beide ertheilen die commoda et incommoda, ja sie finden auch bei einem insolventen Vermögen Statt. Dagegen ist die differentia, daß jene sich auf die auctoritas juris Praetorii stützt, und die Agnition derselben die praesentia judicis voraussetzt, während die hereditas auctoritate juris civilis nititur, nec desiderat aditio hereditatis auctoritatem judicis viventis. Nach dieser Ertheilung durch den Richter ist nun

1) Wenngleich Vivianus nicht mehr zu den Glossatoren gehört, so ist es doch passend, ihn noch an diese anzuknüpfen.

2) Gl. ad pr. I. de b. p.

3) Gl. ad fr. 3. de b. p. Azo ad tit. qui admitti.

die b. p. entweder eine edictalis oder decretalis. Jene ſei die quae ex edicto Praetoris mortui decernitur, d. h. welche in dem Edicte des Prätors, der ſchon geſtorben ſein kann, verſprochen iſt, die decretalis dagegen, quae a vivo praetore decernitur. In Folge des Conſtantiniſchen Geſetzes aber ſei alle b. p. nur judicialis d. h. es wird ohne weitere Formalitäten die praesentia judicis bei der Agnition erfordert [4]. Uebrigens war hier noch Streit, ob dadurch die decretalis ganz mit der edictalis ausgeglichen ſei, oder das Decret, nur mit Weglaſſung der alten Formalitäten, beſtehen geblieben ſei [5]. Wenn man nun b. p. agnoscire, und dabei gleich ſeine Berechtigung nachweiſe, in Folge deſſen der Prätor ein decretum ertheilt habe, ſo ſei damit doch nicht ausgeſchloſſen, daß ein Gegner hinterher das Unbegründetſein der Berechtigung darthue: quia sub hac conditione videtur Praetor dedisse. z. B. si filius est [6]. Deßhalb war man geneigt anzunehmen, daß in der Regel auch der adversarius zur *Agnition* zu rufen ſei, freilich ohne wahre forma judicii, und ohne auch Ausnahmen läugnen zu können [7].

Die bon. poss. zerfalle nun, ſagte man, in zwei Haupttheile:

1. Die ordinaria. Deren gebe es ſechs: Die contra tabulas und secundum tab., welche beide ex testamento ſind. Die c. t. ſei ex testamento, quia non habet locum nisi facto testamento [8]. Sie ſtehe den emancipati zu, aber auch den sui, obgleich dieſe ſchon nach Civilrecht in Folge der

---

4) Azo a. a. O. Vivianus ad Rubr. D. de b. p. Es war auch Streit, ob die b. p. invito et ignoranti erworben werde. Johannes meinte auch bei der edictalis ſei dies nicht der Fall „sed veluti pomum offerri." ſ. Gl. ad fr. 3. §. 3. de b. p.

5) Gl. ad l. 7. C. de curat. fur. — Hodie vero per Constantinum utraque solennitas est sublata, et sine petitione hereditatis: dummodo coram judice dicebat, se velle bonorum possessorem esse, nec est opus eam decerni. Quidam tamen dicunt per Constantinum solam solennitatem petendi sublatam, non decretalem.

6) Gl. ad fr. 3. §. 2. de b. p.

7) Gl. ad fr. 3. §. 8. de b. p.

8) Gl. ad l. 5. C. unde legit.

präterition das Testament vernichteten [9]). Die sec. tab. treffe in der Regel mit dem Civilrecht zusammen (d. h. sie sei nur utilis), in einzelnen Fällen aber gewähre sie ganz eigenthümliches Recht, weßhalb hier der Berufene, wenn er überhaupt succediren wolle, die b. p. nothwendig agnosciren müsse (b. p. necessaria). Es seien dies drei Fälle: das test. ruptum durch einen vor dem Testator gestorbenen postumus, das test. irritum factum durch cap. dim., sobald der Erblasser nur mortis tempore wieder sui jur. war; und die Einsetzung unter einer Bedingung [10]). — Außer diesen beiden b. possessiones ex testamento gebe es noch vier ab intestato, die b. p. unde liberi (welche übrigens utiliter auch den Eltern nach Analogie des Patrons gegen die Kinder als b. p. unde parentes gegeben werde [11])), die b. p. unde legitimi, welche den Agnaten bis zum zehnten Grade zustehe [12]), die b. p. unde cognati und vir et uxor. Die letztere sei necessaria, die übrigen b. possessiones ab intestato nur utiles.

2. Die extraordinaria. Diese (nach Azo) zerfällt wieder in zwei Klassen: erstens die b. p., welche non est stabilita certa parte edicti, sed ut vaga (die b. p. ex legibus, z. B. aus der lex Cornelia), zweitens die b. p., welche jus non tribuunt in proprietate, sed in possessione tantum [13]), nämlich die b. p. Carboniana, ventris nomine, und die quae datur gratia agnoscendae litis. Diese extraordinariae, quae jus non tribuunt, werden ohne causae cognitio und Decret gegeben, während die quae jus tribuunt dessen bedürfen [14]).

---

9) Gl. ad §. 3. I. de b. p. — Sed quare datur suis contra tabulas, quum ipso jure nullum sit testamentum? Responde: duas habet vias, unam de jure civili, per quam potest dicere nullum; aliam de jure praetorio, per quam non dicit nullum sed anullandum; quum non fieri, nec desinere possit heres de jure praetorio. s. auch oben §. 72. Note 2.

10) Gl. ad l. 5. C. unde legit.

11) Gl. ad l. 3. C. unde liberi. (Placent).

12) Gl. ad l. 5. C. unde legit. Man schloß dies aus §. 5. I. de successione cogn.

13) s. auch Gl. ad l. 5. C. unde legit.

14) Azo a. a. O. Gl. ad fr. 1. de b. p.

Ich brauche nicht auszuführen, wie mancherlei einzelne Fehler in diesen hier zusammengestellten Sätzen enthalten sind. Mehr noch ist hervorzuheben, wie wenig damit das ganze Wesen und System der b. p. klar gemacht wird, wie trocken und unfruchtbar für ein wahres Verständniß des Erbrechts alle diese Bemerkungen aneinander gereiht sind. Und doch ist es noch vortrefflich im Vergleich zu dem, was die folgenden Jahrhunderte der nächsten Periode aus unserer Lehre machten. —

§. 177. B. Zeugnisse über das practische Recht.

Wenn man die Schriften der Glossatoren nur oberflächlich überblickt, so könnte man leicht zu dem Glauben veranlaßt werden, daß darin sehr zahlreiche Bemerkungen über das aus der b. p. Anwendbare enthalten wären. Es kommt der Ausdruck hodie außerordentlich häufig vor, und es wird ganz genau angegeben, welche einzelnen Theile der b. p. hodie necessariae, und welche bloß utiles seien [1]).

Indessen sobald man genauer zusieht, so kann man, wie mich dünkt, gar nicht zweifelhaft sein, was dies hodie zu bedeuten habe. Es lassen sich eine Menge von Stellen anführen, woraus es ganz entschieden hervorgeht, daß das olim auf vorjustinianeisches Recht deutet, während das hodie das neue Justinianeische bezeichnet. Diese Terminologie findet sich auch in der folgenden Periode noch ganz feststehend. Die Glossatoren waren insgesammt der Ansicht, daß unter Justinian nach dem Constantinischen Gesetz die formlosere Agnition der b. p anerkannt worden sei, im Uebrigen das Prätorische Erbrecht fortwährend ein geschlossenes System bilde, wonach die b. p. utilis sei, wenn der Berufene zugleich das Civilrecht für sich habe, necessaria dagegen, wenn er bloß vom Prätor seine Berechtigung erhalte. Diese Ansicht (deren Unrichtigkeit übrigens im vierten Buche nachgewiesen ist) trifft aber gar nicht das, wovon wir hier sprechen. Wir fragen, ob damals, wo die Theorie so entschieden die b. p. als der hereditas ge-

1) s. z. B. Gl. ad l. ult. C. unde legit. — Et dic quod hodie sunt sex ordinariae, septima extraordinaria. — Sed olim aliae plures erant insertae, praeter has septem; sunt tres etiam hodie etc. — — In his tribus etiam hodie est necessaria

Glossen gegenüberstehend auffaßte, dies auch im practischen Rechtsleben Italiens, worin doch das Römische Erbrecht unzweifelhaften Eingang fand, Statt gefunden habe? Dafür aber sind jene Stellen, worin bloß von dem neuesten Römischen Recht mit dem Ausdrucke hodie die Rede ist, noch ganz unbeweisend [2]).

Ganz anders aber scheint eine sehr derbe Aeußerung Azo's in seiner Summa zum Codex aufgefaßt werden zu müssen. Er sagt darin, ad tit. unde legit.: erubescant, qui dicunt, hodie non habere locum bonorum possessiones, woraus man schließen könnte, daß damals über die practische Anwendbarkeit unserer Lehre Streit geführt worden sei. Allein auch diese Stelle beweist gar nichts, wie wir aus der Art sehen, in der Azo fortfährt. Er setzt hinzu: „denn es sei noch die sec. tab. in gewissen Fällen, ferner die c. tab. necessaria. Von den ab intestato bonorum possessiones aber seien nur die ersten drei Klassen utiles." Azo spricht also offenbar von dem Streite, den auch die erste in Note 2. citirte Stelle erwähnt, ob nämlich per nova jura d. h. durch die Novelle 118. die b. p. aufgehoben sei. Die bejahende Antwort finden wir noch im Brachylogus [3]), und gegen eine solche Ansicht konnte allerdings Azo sagen, man müsse erröthen, sie zu theilen.

---

2) In der Note 1. angeführten Glosse kommen folgende Worte vor: Tertio nota, an sint sublatae bonorum possessiones per nova jura, quod quidam dicunt, sed est falsum nisi in duabus. Dic ergo, quod eundem locum tenent hodie, quem olim. Dies wird dann weiter ausgeführt. Die sec. und contra tab., die unde legitimi und vir et uxor seien hodie gerade so wie olim. necessariae. Dagegen die unde liberi und unde cognati seien hodie utiles und olim necessariae gewesen. Dazu wird die Novelle 118 citirt. Man sieht also daß hodie das neueste Justinianeische Recht bedeutet. — Dasselbe beweist eine andere Stelle: Gl. ad l. 3. C. unde lib. — Sed quum hodie jure Institutionum successorium edictum locum habeat in agnatis, ferner: Gl. ad l. 7. C. de curat. fur. — Hodie vero per Constantinum utraque solennitas est sublata. Gl. ad fr. 4. §. 8. de b. p. — Hodie autem sufficit agnitio coram judice sine petitione et datione bonorum possessionis. Zum Beweise dieses hodie wird l. 7. C. de curat. fur. citirt. s. ferner Gl. 3. ad fr. 6. §. 1. de b. p. Und so ließen sich noch viele andere Stellen anführen.

3) II. 35. §. 4. (ed. Böcking. p. 77). — De bonorum autem pos-

Ebensowenig Gewicht, wie auf diese Aeußerung des A- haben wir wahrscheinlich auch auf eine andere des Hugolinus zu legen, welcher umgekehrt zu bezeugen scheint, daß die Agnition der b. p. unpractisch sei 4). Aus der Verweisung auf die l. 7. C. de curat. fur. und den Codextitel qui admitti sieht man, daß Hugolinus nur von den älteren Formalitäten spricht, welche Constantiniana lege aufgehoben seien. Es bedürfe seitdem nicht mehr des dare der b. p., d. h. einer eigenen Ertheilung von Seiten des Richters, sondern die einfache Erklärung des Berufenen, er wolle agnosciren, genüge. Hugolinus aber drückt diese Ansicht nur zweifelnd aus (forte non est necesse), weil, wie wir schon wissen (§. 176. Note 5.), es streitig war, ob nicht doch das Decret des Richters noch bestehen geblieben sei. —

In dem Bisherigen liegen also noch gar keine Beweise, ob man in der damaligen Zeit im Verein mit dem übrigen Erbrecht auch die b. p. angewandt habe oder nicht. Und es kann uns auch im Grunde wenig wundern, daß wir die Glossatoren sich auf diese Frage gar nicht einlassen sehen. Ihre Thätigkeit wie ihre Kenntnisse concentriren sich bekanntlich auf das Corpus juris. Sie sind mit der Erklärung desselben noch zu sehr beschäftigt, um schon weiter hinaus blicken zu können. Ihre Arbeit ist rein theoretisch, und man muß keineswegs glauben, daß Alles, was sie aus dem Corpus juris erklären, nun auch sogleich in die Praxis Eingang gefunden habe. So sehr auch die Lehre der Romanisten auf die Praxis Einfluß gehabt hat, so müssen wir uns doch durchaus vor jeder Art stillschweigender Präsumtion hüten, und wir können unmöglich daraus, daß die Glossatoren eine Lehre nicht positiv für unpractisch erklären, oder gar daraus, daß sie sie überhaupt

---

sessione plura dicere necessarium non duximus eo, quod jure civili ex constitutionibus principum omnes cognati succedere possunt.

4) ad tit. D. de her. pet. poss. (p. 1158 der oben unter Nr. 6. angegebenen Ausgabe). Hodie forte non est necesse, alicui dari bonorum possessionem, quod dic ut infra de curat. fur. l. ult. diximus, et C. qui admitti ad bon.

ssiren, schon den Schluß ziehen, die Lehre sei wahrhaft ins Rechtsleben recipirt worden.

Wir müssen also nach anderen wahren Beweisen suchen, und diese fehlen denn auch keineswegs. Ich muß dem, was hier anzuführen ist, nur noch folgende Bemerkungen voranschicken.

Der Römische Erbschaftsbegriff, die hereditas als eine Universalsuccession aufgefaßt, empfiehlt sich leicht als ein für die Praxis höchst brauchbarer. Die meisten Fälle der Erbberechtigung im Justinianeischen Rechte waren nun auch im engeren Sinne hereditas, d. h. entweder älteres oder durch die Kaiser eingeführtes neueres Civilrecht. Die Regeln über Delation und Acquisition desselben sind einfach, leicht verständlich, und wegen ihrer Freiheit von altcivilrechtlichen Formen leicht aller Orten anwendbar, auch wenn man andere Grundsätze der subjectiven Erbberechtigung befolgte, als sie das Justinianeische Recht enthielt. Es ist nun auch leicht einzusehen, daß die civilrechtlichen Delations- und Acquisitionsgrundsätze für das practische Bedürfniß vollkommen genügen, daß namentlich die Antretungshandlung ohne allen Nachtheil für eine private erklärt werden kann, und es auch keiner ipso jure laufenden Frist für sie bedarf, indem hier durch das spatium deliberandi, die Inventarsfrist oder ähnliche Verfügungen gegen ein absichtliches Hinzögern der Erbantretung gesteuert ist. Indem man diese ganz passenden Rechtsgrundsätze durchaus für die meisten Justinianeischen Erbklassen im Corp. juris anerkannt fand, begegnete man freilich daneben noch einzelnen Fällen der Erbberechtigung unter dem Namen bonorum possessio, von denen man allerdings nicht glaubte, zweifeln zu dürfen, daß Justinian ihnen die eigenthümliche Prätorische Agnitionsform und Frist gelassen habe[4a]). Aber es waren im Verhältniß doch nur singuläre Fälle, und überdem sah man, daß schon

4a) Ich will in der folgenden Untersuchung diese Annahme, der man stets ohne eigentliche genauere Untersuchung beigetreten ist, einstweilen als richtig annehmen, obgleich ich im vorigen Buche sie bereits als unbegründet nachgewiesen habe. Wir würden, auch wenn sie richtig wäre, dennoch zu dem Resultate kommen, daß im heutigen Rechte die b. p. sich nicht mehr von der hereditas unterscheidet.

nach Römischem Rechte die b. p. dasselbe materielle Erb gewähre, wie die hereditas. Da aber nun die civilrechtl Erbantretungsregeln durchaus genügten, so ist es doch wohl nicht zu verwundern, wenn wir das Rechtsleben folgen Gang gehen sehen. Man recipirte allgemein den Begriff hereditas, und auch vielfach die civilrechtlichen einzelnen Klassen. Was man in Folge der Gewohnheit oder besond Statute, die in einzelnen Gegenden galten, an den Erbklass zu verändern hatte, wurde ebenfalls unter diesen Begriff hereditas gestellt. Indem man also das eigenthümlich onale Recht hierunter subsumirte, und die civilen Erbantre tungsregeln dafür gelten ließ, so bedurfte es doch nur ein geringen practischen Taktes, um, wenn man nun auch je wenigen selbständigen Prätorischen Erbklassen recipirte, die da malige Zeit denselben Weg gehen zu lassen. Die bon. pos stand doch schon der hereditas materiell ganz gleich, es lag also sehr nahe, beide nun auch formell gleichzustellen, trotz dem, daß man auch damals glaubte, hierin vom Justinianei schen Rechte abzugehen. —

Es ist passend, dies sogleich durch ein wichtiges Italie nisches Particularrecht zu erläutern, welches die eben angegebene Anwendung des Römischen Rechtes sehr deutlich hervortreten läßt. In den Statuten von Florenz[5]) ist in Beziehung auf die Intestatklassen der Verwandtschaft Mancherlei vom Rö mischen Rechte abgeändert, die Verwandten und zwar Agnaten sollen nur bis zum achten Grade Römischer Computation ge

5) Statuta populi et communis Florentiae publica auctoritate collecta castigata et praeposita anno salutis 1415. (3 Theile Friburgi ap. Michaelem Kluch). Im Tom. I. Lib. II. ist de causis civilibus gehandelt. Der Zeit der Bekanntmachung nach gehören also diese Statuten in die folgende Periode, aber wenn man bedenkt, daß sie auf bisherigem Gewohnheitsrechte und anderen frü heren Statuten ruhen, so würde die Annahme sehr unwahrscheinlich sein, daß nicht das, was wir hier finden, sich gleich von Anfang an, seitdem man überhaupt das Röm. Recht anwandte, so gestaltet habe. Namentlich muß man bedenken, daß in der Theorie der folgenden Periode, wie wir sehen werden, gar keine Veränderung vorgegan gen ist, welche eine erst spätere Verbannung der Prätorischen Agni tionsregeln aus der Praxis hätte veranlassen können.

:n werden [6]), die Frauen sind eigenthümlich beschränkt [7]). rter den Verwandtschaftsklassen aber ist die b. p. unde vir uxor (freilich den Worten nach nur für die Ehefrau) und ; Erbrecht des Fiskus aus dem Röm. Rechte recipirt [8]). Die bberechtigung wird hiernach ganz wie im Römischen Rechte reditas vel bonorum possessio vel successio genannt, t damit anzudeuten, daß sie aus verschiedenen historischen uellen hervorgegangen ist, aber für alle diese offenbar nur m Namen nach verschiedenen Berechtigten ist ganz entfeden nur eine Art der Erbantretung anerkannt, und zwar it wenigen Modificationen durchaus die Römische hereditas aditio. Ein Mann, der über 18 Jahr alt ist, soll wenn Erbschaftssachen nach 15 Tagen seit dem Todestage in Beß gehabt hat, als antretend angesehen werden, mag er dann uch später den Besitz derselben wieder aufgegeben haben [9]). Mannspersonen, die wenigstens über 16 Jahr alt sind, sollen,

---

6) Lib. II. Rubr. 126. de successione communis Florentiae ab intestato et de heredibus naturalium et bastardorum, – „non existente aliquo conjuncto usque in octavum gradum inclusive numerandum secundum jura civilia."

7) Lib. II. Rubr. 130. Qualiter mulier ab intestato succedat. Keine Frau kann ihren Kindern succediren, sobald deren Descendenten oder der Vater, väterliche Großvater, Onkel, Geschwister existiren. Die Mutter bekommt dann aber Alimente. Wenn dagegen andere männliche Agnaten bis zum achten Grade vorhanden sind, so concurirt die Mutter mit ihnen zu einem Viertheil u. s. w.

8) Lib. II. Rubr. 126. — „Uxor mariti defuncti praeferatur Fisco in successionem hereditatis quondam ejus mariti."

9) Lib. II. Rubr. 29. De heredibus et hereditate debitoris conveniendis. — Major masculus annorum 18, cui de jure hereditas, vel bonorum possessio, vel successio aliqua ex testamento vel ab intestato delata fuerit, qui quomodocumque possederit vel tenuerit post 15 dies a morte defuncti hereditatem praedictam — —, licet bona ipsius hereditatis evixerit seu deseruerit, hereditatem ipsam adivisse et successionem agnovisse intelligatur, et tanquam ex vera agnitione, ut verus successor sit obnoxius omnibus hereditariis oneribus, et ad legata et fideicommissa et credita effectualiter realiter et personaliter conveniri possit. Der Begriff der Römischen Universalsuccession ist hier also vollkommen anerkannt.

wenn sie die Erbschaft in Besitz genommen haben, von d Gläubigern oder Legataren requirirt werden, ob sie zahlen w len, wo nicht, so sollen sie innerhalb eines Monats den B sitz der Erbschaftssachen aufgeben. Werden sie nachher doch i Besitze gefunden, so gilt dies als gültige Antretung [10]. Ebe ist dies bei allen Frauen über 16 Jahren. Sodann wird i Zulässigkeit der hereditatis aditio durch Stellvertret ausdrücklich anerkannt [11]). — Wenn aber der Berufene ni in der besprochenen Weise aus eigenem Antriebe den Besitz e greift (pro herede gestio), oder per se oder per procurato rem durch eine Erklärung successionem agnoverit (her. ad tio i. eng. S.), sondern sich erst von den Gläubigern od Legataren belangen läßt, so soll er vom Richter citirt werde und innerhalb fünf dies utiles verpflichtet sein zu erklären, d er Erbe sei oder nicht (also ein sehr verkürztes spatium deli berandi). Falls er läugnet, daß er Erbe sei, so hat er Ca tion zu stellen, welche er verliert, wenn der Gegenbeweis ge führt wird; wenn er aber auf die Citation gar nicht erscheint, so wird er nach nochmaliger Frist von drei dies utiles öffent lich zum Erben ausgerufen [12]). — Außer den Creditoren und

10) eod. — Quilibet masculus sexdecim annorum usque ad aetatem annorum 18 completorum, cui de jure defertur hereditas, bonorum possessio vel successio ex testamento vel ab intestato, si tenuerit vel possederit hereditatem successionem vel bona ipsius — —, et a creditore vel legatario requisitus, quod debitum vel legatum solvat, aut successionem et bona praedicta dimittat, cessaverit solvere, aut possessionem vel detentionem ipsorum bonorum dimittere infra mensem a die aquisitionis — —, intelligatur omnibus oneribus — solvendis ut verus successor obligatus etc.

11) eod. — Quicumque tanquam heres vel successor, etiam si mulier fuerit, per se, vel per procuratorem, tutorem, curatorem vel actorem, hereditatem vel successionem agnoverit, vel jura hereditaria cesserit per instrumentum, scripturam seu acta publica, tanquam verus successor omnibus debitis legatis et fideicommissis et oneribus hereditariis sit effectualiter obligatus, et personaliter, ut heres conveniri possit, etiam citra pronuntiationem quod fuerit heres. s. §. 169. am Ende.

12) eod. — Et si negaverit se heredem vel successorem fore

gataren kann aber auch noch der Fiskus den berufenen Er= ı, wenigstens die Agnaten bis zum achten Grade, welche ab testato gerufen werden, in eine Deliberationsfrist von einem er zwei Monaten zwängen [13]).

Wir finden hier also freilich ganz besondere Fristbestim= ungen und überhaupt mancherlei particuläre Eigenthümlich= ten, aber soviel geht doch aus dem Mitgetheilten zweifellos rvor, daß der Begriff der Römischen Universalsuccession ganz s Rechtsleben übergegangen ist, daß aber heres, bonorum ssessor und successor nicht bloß, wie im Römischen Recht, ch erworbenem Erbrecht materiell sich gleich stehen sollen, ndern auch in Beziehung auf die Erwerbung ihres Rechts in Unterschied mehr unter ihnen sein soll. Sehr deutlich er= nnen wir hier die civile her. aditio, welche die allgemeine rwerbart alles Erbrechts geworden ist, und um keinem Zweifel aum zu lassen, hat man noch eine besondere Stelle eingerückt, e offenbar darauf deutet, daß die Prätorischen Agnitionsregeln s Römischen Rechtes nicht gelten sollen [14]).

omnibus juris remediis, illico ad instantiam petentis satis dare cogatur — — de ea quantitate, quae arbitrio judicis videbitur, — quae non excedat libr. 500, in qua condemnetur talis negans, si probatum fuerit ipsum esse heredem, vel successorem universalem, vel bonorum possessorem. Si vero requisitus — non comparuerit — prius ultra assignato termino trium dierum utilium per praeconem in publico bannimento pronuntietur ex contumacia heres, bonorum possessor vel successor per judicem causae supradictae, et tali pronunciatione facta contra eum procedatur, tanquam contra heredem vel bonorum possessorem etc.

13) Lib. Rubr. 126. — Et idem jus servetur, et eodem modo succedat dictum commune, si praefati conjuncti infra octavum gradum dicto defuncto ab intestato, cives interrogati infra mensem unum, comitatini infra duos menses interrogati per judicem rationem praedicti communis repudiaverint dict. hereditatem et successionem, et recusaverint se esse heredes, vel infra praefatum terminum postquam notificatum fuerit eis per judicem non apprehenderint dictam hereditatem.

14) Lib. II. Rubr. 29. — Nullus vero ex impetratione vel concessione alicujus licentiae ab aliquo officiali facta, qua aliquis tanquam successor patris vel avi vel alterius personae, vel per aequipollentia verba aliquid imploraret, intelligatur esse

§. 178. Dies Florentinische Recht ist nun allerdings nur Particularrecht, aber es wird doch daraus wenigstens schon so viel bewiesen, daß man damals entschieden und mit klarem Bewußtsein den Schritt gethan hat, welcher in der Fortbildung des Römischen Rechts so nahe lag. Indem man im Corpus juris die b. p. noch als geschlossenes System zu finden glaubte, hat man trotz dem, daß die Theorie sich vollkommen dabei vom Leben fern hielt, eine völlige Verschmelzung der b. p. und hereditas durchgeführt. Es fragt sich nun aber weiter, ob dies bloß als lobenswerthes Ergebniß eines einzelnen Particularrechtes zu behandeln ist, oder ob wir darin die Äußerung eines allgemein verbreiteten Rechtsbewußtseins zu finden haben.

Jedenfalls sehen wir, daß Florenz nicht der einzige Ort gewesen ist, wo dieses Recht gegolten hat, denn in den Statuten von Brixen begegnen wir demselben ebenfalls [1]. Und es fehlen uns auch in der That die Beweise nicht, daß es eine allgemeine Rechtsüberzeugung in Italien war, bei der Anwendung des Römischen Erbrechtes seien die Prätorischen Erwerbsregeln ausgeschlossen. Von sehr großer Bedeutung ist in dieser Hinsicht wegen ihres Alters die Turiner Glosse. Hier heißt es in Nro. 318:

---

heres vel successor, talisque licentia vel impetratio in nullo eidem noceat.

1) Ich habe die Statuten von Brixen nicht selbst in die Hände bekommen können, aber Menoch Remedia adip. poss. referirt darüber (Rem. I. §. 28). Er citirt Statutum Brixiae 119 in civilibus sub Rubrica, quod solennitates bonorum possessionum, „quo cautum est, capaces omnes hereditatum et bonorum possessionum posse sine solennitatis praetoriae observatione consequi bonorum possessionem.“ Menoch bemerkt noch (Remed. IV. §. 330), man behandele überhaupt jedes statutum de herede disponens als auch beim bonorum possessor locum habens d. h. wohl: die b. p. wird immer stillschweigend mit verstanden, wenn vom heres die Rede ist, mit anderen Worten: die b. p. ist ganz mit der hereditas zusammengeschmolzen. — Ich habe leider bisher nicht Gelegenheit gehabt, die Italienischen Statuten genauer zu studiren. Für eine innere Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian, ein Werk welches ich später hoffe liefern zu können, sind sie von der größten Wichtigkeit.

Haec erat definitio heredis et bonorum possessoris, quod bonorum possessor, si non petierit a praeside, non fit, heres autem et sine petitione ex testamento fit heres; nulla autem modo est differentia.

Der Glossator kann hier nicht bloß der Meinung gewesen sein, welche wahrscheinlich Hugolinus in der §. 177. Note 4. mitgetheilten Stelle lediglich ausspricht, daß nämlich die Erbittung der b. p. nicht mehr vor dem competenten Richter, sondern vor jeder beliebigen Magistratsperson seit der l. 9. C. qui admitti geschehe. In einer anderen Stelle (Nro. 329.) ist nämlich hievon noch besonders die Rede:

Ante enim apud praetorem intrabant, et ab eo in bonorum possessionem mittebantur. Sed modo dicit, quoniam quocunque modo vel apud quemlibet judicem utputa praesidem vel alium magistratum possit quis petere bonorum possessionem, dum tamen intra statutum tempus, et ostendat justum judicium sibi admittere in bonorum possessionem.

Der Glossator kennt also recht gut das freiere Justinianeische Recht, daß man ohne weitere Formalitäten (quocunque modo) und vor jedem beliebigen Richter z. B. dem praeses, die b. p. agnosciren durfte. Aber gerade die differentia des Erbittens vor dem praeses läugnet er nun auch in jener Nmr. 318; er muß also augenscheinlich unter modo hier etwas Anderes verstanden haben, als das Justinianeische Recht, welches er in Nmr. 329. mit demselben Worte bezeichnet, und es können daher die Worte: nulla autem modo est differentia nur ein noch späteres neueres Recht bedeuten, als das in Nmr. 329. angegebene [2]).

2) Die Erklärung von Schrader (in seiner Institutionenausgabe §. ult. de b. p.) scheint mir ganz unzuläßig. Der Turiner Glossator spreche nämlich Nmr. 318 nur von der Aufhebung der formulae, im Uebrigen aber erkenne er in Nmr. 329 an, daß noch eine richterliche Agnition nöthig sei. Dies widerspricht geradezu den Worten, denn in 318 ist von Wortformalitäten gar nicht die Rede, sondern vom Erbitten vor dem Präses, und dies soll jetzt nicht mehr gelten.

Man muß nun aber fragen, welches wohl der Grund, auf den der Glossator diese Aufhebung aller Agnition und so-hin die völlige Verschmelzung von b. p. und hereditas für, und dabei kann man leicht auf den Gedanken kommen, es derselbe falsche Grund sei, welchen der Brachylogus aus-drücklich ausspricht, nämlich durch die Nov. 118. sei die ganze b. p. aufgehoben worden.

Dies läßt sich weder beweisen noch widerlegen, da der Glossator über den Grund seiner Aeußerung völlig schweigt. Aber wir wollen einmal annehmen, daß in der That dies die Ansicht der Turiner Glosse war, so verliert dadurch ihr Zeug-niß keineswegs seine Bedeutung. Man scheint in der älteren Zeit vor den Glossatoren allgemein derselben angehangen zu haben. Außer dem Brachylogus bestätigen dies auch die Ex-ceptionen des Petrus, worin lediglich vom Recht der Novelle die Rede ist, und von b. p. weder bei der Intestat- noch bei der testamentarischen und notherbenrechtlichen Succession irgend eine Spur sich findet. Jedenfalls folgt daraus, daß, wenn man nun das Römische Erbrecht in der Praxis befolgte, na-türlich nur die Grundsätze der hereditas zur Anwendung kom-men.

Allerdings lag hier also ein theoretischer Irrthum vor, aber wir brauchen deßhalb noch keineswegs anzunehmen, daß dies der einzige Grund war, um die b. p. vom Leben auszu-schließen. Hat man doch, wie oben nachgewiesen ist, schon in den Zeiten des **Breviarium Alaricianum** sehr klar eingesehen, daß die b. p. als ein formell selbständiges System ohne allen Schaden ganz abgeschafft werden könne. Und so wird auch den Zeiten, von denen wir jetzt reden, wahrlich nicht zu viel zugemuthet, wenn wir bei ihnen dieselbe Ueberzeugung voraus-setzen. Daß durch die Nov. 118. nichts z. B. in der testamen-tarischen Succession verändert sein könne, war doch eigentlich zu leicht einzusehen, als daß man auch damals eine formelle Auf-hebung der ganzen b. p. darin hätte finden können. Die ganze Ansicht ist also wohl nur so zu verstehen, daß, da doch jedenfalls

Von jenen verborum formulae heißt es eben in Anmr. 329, daß sie bereits zu einer Zeit aufgehoben gewesen seien, als das Edikt vom Präses noch bestand.

rch die Nov. 118. die Hauptklassen der b. p. hinweggeräumt ren, man nun auch, von einem richtigen practischen Tacte leitet, die übrigen geringen Ueberreste der b. p. als nach m Sinn und Geist des späteren Novellenrechtes beseitigt anh, und für sämmtliche Klassen, seien es civile oder Prätosche, nur eine Art des Erbschaftserwerbes annahm.

Sei dem wie ihm wolle, so bleibt doch, auch wenn die usschließung der b. p. lediglich aus einem Irrthum hervorng, stets das practische Resultat, daß man das Römische rbrecht anfangs nur mit den Delations- und Acquisitionsrundsätzen der hereditas recipirte. Freilich erkannten nun e Glossatoren sehr leicht die theoretische Unrichtigkeit jenes Satzes, und Azo verfehlt deßhalb nicht, ihn stark zu tadeln. ber eine ganz andere Frage ist, ob diese theoretisch bessere Einht alsbald auch auf die Praxis zurückgewirkt, und ob man sich eeilt habe, nun sogleich im Rechtsleben für die wenigen Fälle er s. g. b. p. necessaria den Erwerb des Erbrechts wieder n die Agnition der b. p. zu knüpfen. Jedenfalls mußte doch etzt, wenn man auch anfangs lediglich aus Irrthum gehandelt atte, die Ueberzeugung schon aus dem bisherigen Rechtsleben ervorgehen, daß man der Prätorischen Agnitionsregeln gar nicht bedürfe, daß die Delations- und Acquisitionsgrundsätze er **hereditas** vollkommen genügten.

Und so finden wir denn auch in der That gar keine Spuren von der Aufnahme der b. p. als eines der **hereditas** geschlossen gegenüberstehenden Systems. Im Gegentheil ist als wichtiges Zeugniß der damals herrschenden Rechtsansicht anzuführen, daß im Canonischen Recht von b. p. gar nicht die Rede, vielmehr lediglich vom **heres**, **hereditas**, **hereditatis aditio**, **pro herede gestio** gesprochen wird [3]). Und außerdem haben wir ja schon in jenen oben angeführten Parti-

3) heres und hereditas c. 3. 5. 6. 12. X. de testament. (III. 26). In c. 18. eod. kommt auch die hereditatis aditio vor. — c. 1. de succ. ab int. (III. 27) — c. 1. qui fil. sint leg. (IV. 17) — „in bona paterna hereditario jure succedere." c. 2. eod. — „paternam hereditatem petere" und „se heredem gerere" c. 3. eod. — „de hereditate — — jure successorio vindicare." c. 5. eod. — c. 6. 8. 9. 10. eod.

25*

cularrechten Beispiele kennen lernen, wie klar man sich die [illegible] wegräumung der b. p. aus dem Erbrechte zum Bewu[illegible] brachte. Freilich sind es Particularrechte, aber die bisher gegebenen Gründe führen darauf, daß sie nur Ausflüs[illegible] specielle Gestaltungen des allgemein herrschenden Rechtsbe[illegible] seins waren. Und wenn auch die Statuten, in dene[illegible] diese Particularrechte finden, erst einer späteren Zeit ang[illegible] ren als von der hier die Rede ist, so würde es doch se[illegible] wagt sein, daraus zu schließen, daß wir hier neues erst [illegible] die Statuten eingeführtes Recht vor uns hätten. Die [illegible] der späteren Zeit ist es wenigstens, wie wir gleich sehen [illegible] den, jedenfalls nicht gewesen, welche solche statutarische B[illegible] stimmungen hervorgerufen hat.

II. Das vierzehnte und funfzehnte Jahrhundert.

10. Cinus Comment. in Codicem. (Francof. ad Moen. 1578) [illegible] tit. qui admitti. und unde legit.
11. Bartoli a Saxoferr. Comment. in Codicem (Basil. 1588) ad ti[illegible] qui admitti u. unde legit.
12. Baldus in Codicem (August. Taurinorum 1576) ad tit. q[illegible] adm. u. unde legit.
13. Bartolom. de Saliceto ad Codicem. (Ausgabe der Bele[illegible] Bibliothek ohne Titel mit hübsch gemalten Anfangsbuchstaben [illegible]ter jedem Absatz steht der Name Salic.) ad tit. qui adm. etc.
14. Raphael Fulgosius ad Cod. (Lugd. 1547) ad tit. qui adm. u. unde legit.
15. Paulus de Castro super Codic. (cum Repertorio v. Henricus Ferrandat Nivernensis. ohne Jahr) ad tit. qui adm. [illegible] unde legit.
16. Alexander ab Imola (Tartagnus) super Codice. (Ausgabe von Joannes Crispinus. Lugduni 1535) ad tit. qui admitti.
17. Andreas Barbatias. sup. Rubr. C. qui admitti. Repetitionum seu Commentariorum jur. civ. Vol. VIII. fol. 21—41. Lugd. apud Hugonem a Porta et Ant. Vincentium 1553).
18. Jason ad Codicem. (Venetiis ed. Philipp. Pincius Mantuanus 1514) ad Rubr. C. qui admitti und ad l. 5. C. unde legit.
19. Jacobus de Nigris sup. Rubr. C. qui admitti (in der unter Nr. 17 citirten Ausgabe fol. 42—47).
20. Hubertinus Zuchardus (ebendas. fol. 47—54) sup. Rubr. C. qui adm.
21. Sebastianus Sapia (ebendas. fol. 55. 56) sup. Rubr. C. qui adm.

Signorolus de Homodeis (ebendas. fol. 56—60) sup. Rubr. C. qui adm.

Bulgarius de Bulgariis (ebendas. fol. 60—68) ad l. l. C. qui adm.

Nicolaus Belloni (Casalensis) Professor in Academia Dolana in Burgund. Tractatus in Rubr. C. qui admitti. Basileae 1544.

Jo. Ronchegallus, Ferrariensis, in tit. Instit. de bon. poss. Interpretatio. Florentiae 1548. (136 große Folioseiten).

Camillus Plautius. ad Rubr. et ad l. l. C. qui admitti ad b. p. Commentaria. (Florentiae 1572. ein Octavband).

Vaconii Declarationes III. 18. num. 105. 106. (Venet. 1584. p. 135).

Petr. Ricciardi. Comm. in subtiles ac admodum illustres materias de bon. possessionib., de legat. et de legator. ademt. (Carmagnoliae ap. Ant. Bellonum. 1586. Von der b. p. handeln die ersten 105 Folioblätter).

§. 179. A. **Literärgeschichte.** Ich fasse in diesem Abschnitte die Theorie zusammen, welche im vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert in Italien die herrschende war. Italien war damals noch der fast ausschließliche Sitz des Römischen Rechtsstudiums, und von Juristen anderer Länder ist in unserer Lehre wenig zu sagen. Dies änderte sich wesentlich im dann folgenden sechzehnten Jahrhundert, und die Literatur gewann dadurch einen vielfach anderen Charakter. Aber in Italien arbeiteten doch Viele sehr erklärlicher Weise auch jetzt noch in der Weise der vorhergehenden beiden Jahrhunderte fort; weßhalb ich denn diese geistlosen Epigonen am Passendsten ihren geistlosen Vorgängern anreihen konnte.

Daß von dieser ganzen Zeit nicht viel Gutes zu sagen ist, wird jeder, der im Allgemeinen die Literatur kennt, schon von vorn herein wissen. In der Lehre von der b. p. aber haben die Entartungen der Literatur einen besonders hohen Punkt erreicht. Es war natürlich an genauere historische Untersuchungen, die nun einmal in unserer Lehre vorzugsweise nicht umgangen werden können, gar nicht zu denken. Aber man entfernte sich nun auch immer mehr von einem eigentlichen Quellenstudium selbst des Justinianeischen Rechtes, man beschränkte sich auf die Erklärer des Römischen Rechtes, glossirte die Glossatoren, glossirte dann wieder die Glossatoren der Glossatoren,

namentlich Bartolus und Baldus, und schritt so in der En-
fernung von der eigentlichen Quelle immer weiter fort. Sch
aus den Orten, an denen die b. p. abgehandelt wurde, i
dies ersichtlich. Die Glosse hatte zufällig das Allgemeine z
unsere Lehre zu Anfang des Codextitels qui admitti, und z
l. ult. C. unde legitimi bemerkt. Deßhalb ließ man au
den Pandektencommentaren die b. p. meistens ganz unberü-
sichtigt, weßhalb die Erklärungen des Infortiatum regelmäß
mit dem 36. Buche (ad Sc. Trebell.) schließen; und entwi-
ckelte sie in den Codexcommentaren an jenen beiden Stellen.
Den ersten Theil nannte man: ad Rubricam C. qui admitti,
und so gelangte man denn auch bald dazu, eigene monogra-
phische Darstellungen der Lehre unabhängig von einem Com-
mentare des Codex unter demselben Titel herauszugeben. Den-
noch waren diese noch immer kürzer gehalten, und mehr i
dem Character von Bruchstücken eines größeren Codexcommen-
tares.

Ronchegallus bemerkte dies, und meinte deßhalb, diese
Lehre bedürfe sehr einer weitläuftigen Bearbeitung wegen der
paucae ac leves admodum veterum quorundam, quas habe-
mus, enarrationes. Von den Neueren habe sich noch Niemand
an diese Arbeit gemacht. Das Buch, was nun Ronchegallus
lieferte, scheint so viel Anklang gefunden zu haben, daß es in
Camillus Plautius und Ricciardi noch wieder Nachfolger glei-
chen Charakters hervorrief, und so besitzen wir denn in den
Werken dieser Schriftsteller die drei größten Monographieen,
welche unsere Lehre bis in die neusten Zeiten aufzuweisen
hatte. —

Nach diesen Vorbemerkungen über die äußere Gestalt der
Literatur müssen wir uns etwas genauer auf die Charakteri-
sirung der einzelnen Schriftsteller einlassen. Dabei haben wir
zuerst den Cinus von der ganzen übrigen Literatur dieser
Periode zu trennen. Des Cinus Darstellung ist klar, ohne
dialectische Spitzfindigkeit, und enthält mancherlei neue Ansich-
ten. Das Neue ist meistens von Jacobus de Ravanis [1]),

---

1) Petrus de Bellapartica, den Cinus in seinem Codexcommentar
auch noch viel citirt, ist für unsere Lehre unbedeutend. Er handelt

n wir in dieser Lehre das Lob eines durchaus gesunden Scharfsinns geben müssen. Ich will nicht läugnen, daß die Ultramontane (wie man ihn damals in Italien nannte) oft in verkehrter Weise seine Dialectik angebracht hat, aber wir finden doch auch Ansichten von ihm aufgestellt, die vor allen den Theorien, welche von jetzt an herrschend wurden, sich sehr vortheilhaft auszeichnen [2]). Cinus hebt es mit genügender Lobpreisung hervor, wie viel er zur Aufklärung der Lehre gethan habe;

auch von der b. p. in einigen Repetitionen, welche sich in der Ausgabe von Polantus Frankfurt 1571 (s. Savigny Gesch. VI. S. 29 Nr. 2.) finden. Diese Ausgabe ist auf der Baseler Bibliothek.

2) Ich will einige Beispiele anführen. Nach der älteren Ansicht ist die b. p. litis ordinandae gratia bloß das Zeichen der angestellten Querel. Et ita dicunt, sagt Cinus, antiqui et moderni de hac b. p. nullo excepto, nisi solo Jaco. de Raven. cum his qui sequuntur eum, qui dicunt totum aliter. Es sei nämlich dies die vorgängige b. p. unde liberi, indem der Prätor verlangt, daß der, welcher die Querel anstellt, sich vorher ligaret hereditati; da dies aber bei dem emancipatus durch die her. adit. nicht möglich sei, so habe der Prätor als Surrogat diese b. p. eingeführt. Voluit Praetor, quod filius volens querelam intentare, agnoscat b. p., ut ostendat se velle agnoscere hereditatem. — Ferner bemerkt Jac. de Rav. die b. p. c. t., die für den emancipatus eine necessaria sei, wäre auch für den suus (institutus) von Nutzen, weil er weniger Legate zu zahlen habe. — Die b. p. ut ex legibus, welche die damaligen Juristen so viel beschäftigte, beurtheilt er ebenfalls ganz richtig. Er verwirft alle Fälle, die man als Beispiele derselben angeführt hatte, und schließt dann, es gebe gar keine quae sint apud nos, sed forte in Graeco. — Ich will nur noch eine Ansicht anführen, die ebenfalls von Scharfsinn zeugt: Wenn aus der vorhergehenden Klasse Jemand als necessarius oder voluntarie Erbe geworden sei, und dann das beneficium abstinendi benutze, oder in int. restituirt werde, so könne die folgende Klasse nicht jure civili, sondern nur jure Praetorio gerufen werden (also die b. p. sei necessaria), weil der Prätor non potest facere desinere heredem. Deßhalb sei keineswegs, wie man allgemein sage, die b. p. unde liberi, legitimi und cognati eine bloß utilis, wofür sich Cinus wieder auf Ravanis beruft. Cinus legt auf diese Ansicht ganz besonderes Gewicht. Videant ergo advocati, sagt er bei Gelegenheit der l. 1. C. unde liberi, et alii qui non curant de hac l. magnum effectum ejus. Von den Gegnern heißt es: sed quotquot fuerint, etiam si mille hoc dixissent, omnes erraverunt.

hic est finis hujus tractatus, sagt er, **qui tam a no Glossatoribus, quam etiam a Rofredo fuit erronee tradi sed per me Cynum de Pistorio in lucem veritatis educ** Aber auf die folgenden Schriftsteller hat er dennoch gar n eingewirkt. Es wurde eine Art Modesache, sich gegen die tramontanen zu erklären, und bald vergaß man sie ganz.

Statt dessen wurden Bartolus und Baldus die H den, unter deren Fahne man sich begab, und deren Au man in der Folge noch zu überbieten strebte. Bartolus ist n nicht so weitschweifig, und läßt sich noch mehr auf Interpreta tion der Stellen ein, als seine Nachfolger. Aber man erk fast in jedem Worte, abgesehen von dem, was schon durch d Glosse hervorgerufen wurde, die Ansichten und Controversen welche die folgende traurige Zeit beschäftigen. Die große Au torität des Bartolus war der Grund, daß man über alle sei Ansichten weitläuftige Expositionen gab, wobei denn eben Con troversen sich ganz von selbst entwickelten. — Bei Baldus 3) findet sich schon eine weit schwerfälligere Argumentation als bei Bartolus. Es werden pedantisch immer die einzelnen Punkte genau abgezählt, und bei der Erörterung der Gegen gründe vorangestellt (**videtur quod sic**), was sich denn die Folgenden sehr zum Muster nahmen.

Mehr oder minder in derselben Weise gehen die Schrift steller fort, die ich unter der Nmr. 13—18 angeführt habe: Jeder freut sich, wenn er zu den bisher schon in dieser Lehre gangbaren Schulfragen, die immer wieder durchgesprochen wer den, eine oder einige neue (s. g. **notabilia**) hinzufügen kann, die nun wieder von den Folgenden begierig als Zankapfel auf gegriffen werden, um daran die spitzfindigsten Argumentationen

---

3) Probe seiner Argumentation: Bei der Frage, quot sint b. posses siones, könnte man die Eintheilung in *edictalis* und *decretalis* gebrauchen wollen. Dagegen ließe sich freilich sagen, daß das doch immer eine und dieselbe b. p bedeute. Aber richtiger sei es doch, sie als zwei verschiedene Arten darzustellen, **nam resolutio ostendit nobis diversitatem rerum, sicut Philosophi dicunt, quod re solutio in elementa dedit nobis cognoscere, quod qualitates elementorum sint in mixto; video enim resolvi edictalem et non decretalem, ergo non sunt idem.**

n knüpfen. Salicetus giebt uns bei Gelegenheit der b. p. eine Probe seiner rechtsgeschichtlichen Kenntnisse[4]), hat aber dabei doch wieder einzelne gesunde Gedanken[5]). Raphael Fulgosius ist in unserer Lehre unbedeutend, er citirt sehr sorgfältig die Literatur, und auch hier äußert er seinen strengen Autoritätsglauben, auf den schon Savigny aufmerksam gemacht hat[6]). Paul de Castro bringt zuerst die Frage auf, daß der Prätor nicht per prius, wohl aber per posterius: jus machen könne (s. d. folg. §.). Alexander Tartagnus

4) Als Einleitung zur l. 3. C. unde lib. sagt er: Praemitto, quod posteaquam rerum dominia de jure gentium fuerint distincta, gradus et posteritates fuerunt inventae. Et in illis bonis deficientes sui posteros habebant successores, ut colligitur in Genesi. Postea supervenit regnum Lacedaemoniorum, qui leges civiles fecerunt, per quas patriam potestatem et ejus operationes et effectus invenerunt. Et statuerant, quod filii in potestate essent parentibus heredes inviti, et appellabantur sui et necessarii heredes. — — Et haec capitula incerta (inserta) erant inter capitula legis XII. tab., quam ipsi tradiderunt legatis Romanorum. Post haec aucto regno Romanorum ipsi Romani sibi elegerunt praetorem, qui ex potestate sibi tributa inter cetera providit, ut haberent beneficium abstinendi. Similiter providit, quod omnes de linea agnationis usque ad decimum gradum, et linea cognationis usque ad septimum gradum de capite in caput et gradatim venire possent ad successionem ab intestato per ejus b. possessiones, de quibus in istis titulis. Et quod primum caput est liberorum, ideo de illo praemisit in hoc titulo; et post absentiam, quam praetor sibi concessit, supervenerunt constitutiones principum, quae specifice idem beneficium abstinendi concesserunt. Et fuit suis utile, quod beneficium Praetoris erat annale, ut etiam alia; principis vero et alterius juris civilis est perpetuum.

5) z. B. führt er aus, die b. p. litis ord. gr. sei unpraktisch, da man sie dazu eingeführt habe, um dem emancipatus, der dem jus civile incognitus war, zur Querel zuzulassen. Diese ratio sei aber weggefallen, seit durch die Nov. 118. der emancipatus mit dem suus gleiche Stellung bekommen habe. Unde dicendum videtur, quod ex quo jus civile eum cognoscit sine praetoris remedio ad querelam inofficiosi, quae est ex jure civili, ipso jure admittitur. — Die Späteren haben dies unberücksichtigt gelassen.

6) Er sagt z. B. Tamen sententia Baldi sequenda est propter ejus autoritatem, et nullus contradicit.

hebt die Frage hervor, welche schon Joh. Faber berührt hatte, ob auch in der Anstellung der her. pet. poss. die Agnition der b. p. liege. Andreas Barbatias hat für die Folgenden eine gewisse Rolle gespielt, indem er sogar zwei neue Fragen aufbringt, deren sich sogleich Jason zu weiterer Erörterung bemächtigt, nämlich ob der b. possessor sich bei der Agnition legitimiren müsse, und ob wer agnovit, praesumtur tempore congruo agnovisse (nova et inaudita quaestio sagt Jason). Jason fängt nun bei der letzteren gleich wieder an zu unterscheiden; ob die b. p. nach einem ordentlichen Streit und causae cognitio ertheilt worden sei oder nicht. Im letzteren Falle müsse der Agnoscirende beweisen, außer wenn er in possessione sei. — Uebrigens ist Barbatias gänzlich unbedeutend, er zeigt sich sehr gottesfürchtig, demüthig und unterwürfig, redet immer den Herzog an (ich weiß nicht welchen), und mischt überhaupt alles mögliche Fremdartige ein. Jason ist nicht viel besser, das ihm Eigenthümliche ist, daß er zuerst anfängt, die singulären differentiae zwischen hereditas und b. p. aufzuzählen, was dann die Folgenden so sehr beschäftigt hat.

Ungefähr mit Jason hat, wenn ich so sagen soll, dies Schaffen des Materials in unserer Lehre ein Ende; d. h. die einzelnen Fragen, die sich von Zeit der Glossatoren her gebildet hatten, und um die sich die Literatur mit Hintansetzung der eigentlichen Quellen, drehte, waren jetzt ziemlich abgeschlossen. Die nachfolgenden Schriftsteller erscheinen noch schwächer an Kraft, indem sie nur an diesem ihnen überlieferten Material herumzerrten, und es so viel wie möglich in die Breite zogen. Nur in dieser Kunst des Weitläuftigermachens zeichnen sich unter allen Genannten die drei Monographieen des Ronchegallus, Camillus Plautius und Ricciardi wieder besonders aus, zur wirklichen Erklärung der Lehre konnte bei so willkührlicher Basis natürlich Nichts geleistet werden.

§. 180. Ich habe bisher von der äußeren Gestalt der Literatur, und dem Charakter der einzelnen Schriftsteller gesprochen; ich muß jetzt weiter auf den Inhalt der vor uns liegenden Werke, und die Fragen, mit denen man sich damals beschäftigte, eingehen. Dabei aber kann ich es der Geduld

meiner Leser nicht zumuthen, daß ich die vollständigen vor mir liegenden Excerpte von Allem, was jeder einzelne Schriftsteller gesagt hat, hier mittheilte. Was mir von der Persönlichkeit eines Jeden zu bemerken der Mühe werth schien, habe ich im vorigen §. bereits angegeben, und im Uebrigen kann ich den, der noch genauer sich dies vergegenwärtigen will, auf die citirten Werke selbst verweisen. Ich gebe daher im Folgenden weniger mit Rücksicht auf die einzelnen Schriftsteller nur einen Gesammtüberblick über die Gegenstände, welche man damals besprochen hat [1]).

1. Viele Schriftsteller beginnen die Lehre mit der Entwicklung, weßhalb sie in den Quellen an dem ihr angewiesenen Platze stehe, (die s. g. Continuatio) sodann bildet bei Allen die erste Hauptfrage die Untersuchung des Ursprungs und Begriffs der b. p. In Beziehung auf den Ursprung werden die prätorischen Correctionen und Emendationen aufgezählt, bei den confirmatorischen Theilen der b. p. aber machte man sich große Schwierigkeiten durch das Bedenken, wie denn der Prätor das Civilrecht noch habe bestätigen können, da dieses doch schon in sich selbst Kraft genug gehabt habe.

2. Die Darstellung des Begriffs der b. p. knüpfte man an die Ulpiansche Definition in fr. 3. de b. p. Hier heiße es, sie sei ein jus persequendi. Dadurch entstand gleich eine weitläuftige Frage, ob die b. p. ein factum oder ein jus sei. Für Letzteres entschied man sich meist [2]), übri-

1) Eine kurze übersichtliche Zusammenstellung, die freilich weder rücksichtlich der Schriftsteller noch der Gegenstände vollständig ist, findet man auch bei Fachinaeus Controversiae XIII. cap. 29. (Colon. Agripp. 1649). Uebrigens citirt dieser noch einige Schriftsteller, die im obigen Verzeichniß nicht mit angeführt sind, nämlich Decius (den ich nicht gelesen habe), Cagnolus (von dem mir das in Basel gemachte Except jetzt in Rostock abhanden gekommen ist) und Rim. Jun. (dessen Persönlichkeit ich nicht kenne). Ein Anderer, den ich als Nic. de Mat. bei Alexander Tart. citirt gefunden habe, wird wohl Nicolaus Matarellus sein (Savigny Gesch. V. S. 382), dessen Schriften mir aber ebenfalls unbekannt sind.

2) Ricciardi führt 17 Gegengründe an, welche weitläuftig widerlegt werden. Darunter kommt vor: jus est ars boni et aequi, und das sei doch die b. p. nicht, also könne sie kein jus sein. Einen

gens gebe es **bonorum possessiones**, welche **jus in propri-** **tate et possessione**, und andere, welche bloß **jus in posses-** **sione** gewährten (**Carb.** und **ventr. nom.**). Dabei erhob si[ch] dann aber eine große Controverse, ob das reine **factum**: p[os-] **sessio bonorum** heiße, oder ob **p. b.** und **b. p.** einerlei s[ei] Jene Ulpiansche Definition sei indessen, meinte man, unvol[l-] ständig, es sei zu dem **jus persequendi** hinzuzudenken: Pe[ti-] **torium**, wobei denn wiederum ein mächtiger Streit entstand ob es nicht doch ausnahmsweise eine **b. p. de jure** civili gebe und ob darunter die **b. p. ex legibus** gehöre 3).

Bei der Untersuchung über die Rechte der **b. p.** wu[r-] den sodann die Juristen auf die Frage geführt, warum de[r] Prätor nicht **directo heredem facere possit**? Man mach[te] sich hier vielerlei Bedenken, z. B. der Prätor sei doch die vi[va] **vox jur. civ.**, wenn nun also die **mortua vox** (d. h. d[ie] **lex**) **heredem facere potest**, warum denn nicht auch d[ie] **viva**? Paul de Castro führte diese Frage auf die andere [zu-] rück, ob (wie man sich ausdrückte) der Prätor per prius (d. h. gleich durch Erlassung des Edictes) oder bloß per posterius ...en hinterdrein noch eine ci[vilis] **legem facere possit**, d. h. ob erst ... hüsse, damit es eine le[gis-] rechtliche Anerkennung hinzukommen m... ... ben. sei. Hierüber ist sehr viel gesprochen wor...

...itas, welche eben ... anderen (die Definition passe auch auf die heredi... ...ditas est suc... falls ein jus succedendi sei) löst Bartolus so: here... ...meint, h... cessio, b. autem p. est jus succedendi. Ricciardi ... ...heredit... ...suc... hereditas sei nicht so zu verstehen, wie die b. p.; denn: h... nondum adita non est hereditas, et per consequens nec ... cessio, et postquam est adita, non est amplius hereditas, s... efficaciter totum unum patrimonium. Die b. p. aber sei scho[n] vor der Agnition eine b. p. (edictalis). Doch sei das nur von de[r] b. p. in abstracto zu sagen. Denn die b. p. in concreto sei vo[r] der Agnition keine b. p. und nach der Agnition ebenfalls nicht mehr!

3) Bartolus bejahte dies, Baldus läugnet es: auch die ex legibus sei keine ex jure civ., denn der Prätor imitire hier nur eine Bestimmung des Civilrechts, es sei also überhaupt die b. p. stets de jure praetorio aut inventione, aut imitatione, sie stehe daher immer unter den Prätor. Fristen und sei nicht perpetua. Roncheгallus sagt ähnlich: die facultas agnoscendi könne vom Civilrecht ausgehen, in Beziehung auf die executio illius juris sei sie praetoria!

3. Die Klage des b. possessor ist hauptsächlich die her. pet. possessoria. Von dem Int. quor. bon. als einer besonderen Folge der b. p. ist allgemein gar nicht die Rede, weil man dies Rechtsmittel, wie später noch genauer ausgeführt werden wird, von der b. p. ganz abgetrennt hatte. Jene her. pet. aber sei eine utilis, ad similitudinem der civilen eingeführte actio. Eine andere Frage sei aber, ob auch die einzelnen dem defunctus schon zustehenden Klagen für den bon. possessor ebenfalls nur utiles wären. Und dies hänge wieder damit zusammen, ob der b. possessor nur das utile dominium habe. Die Glosse hatte hier gesagt, dem b. possessor stehe das utile dominium zu, dies bedeutete aber durchaus nichts Anderes, als daß er nur die utilis rei vindicatio habe, ebenso wie die utilis her. pet. Bartolus unterschied dann weiter, ob der b. possessor zugleich heres sei oder nicht, in jenem Falle habe er das dominium directum [4]). Baldus faßte es wieder anders: der b. possessor habe freilich immer nur das utile dominium, aber dennoch eine directa actio [5]). — Nun stritt man sich in der Folgezeit, wer von diesen Recht habe, und fing denn auch an, einen inneren Grund für das utile dominium aufzusuchen. Baconius, dem Ricciardi beistimmt, stellt dafür folgende Sätze auf: dem Staat gehört an und für sich das dominium directum. Der Staat kann es nehmen und geben und deßhalb auch der princeps. Der Prätor ist aber Theil des Staats, und da er selbst nicht dominus ist, so kann er auch das dom. directum nicht übertragen. Da er aber das Recht hat, das jus civile zu verbessern, so kann er das dominium utile verleihen [6]). — Wir

4) Aehnlich hatte schon Dinus gesagt: directas eos habere, quando nemo est, apud quem esse possunt. s. d. Note des Contius zur Gloss. ad fr. 2. quor. bon. in der glossirten Ausg. v. Fehius.

5) ad l. 1. C. unde legit. sagt Baldus, der b. poss. habe allerdings die rei vind. directa für die einzelnen Sachen, licet ipsius universitatis non sit directo dominus sed utiliter; et est argumentum, quod singularia feuda, quae sunt in regno Apuliae, sint de directo dominio regis, licet ipsa major universitas, id est totum regnum, sit feudale ecclesiae.

6) Als die utilitas des Satzes, daß der b. possessor das dom. utile habe, wird von Ricciardi Folgendes angegeben: wenn er das dom.

vorherrschende Anerkennung gefunden. Ueber die Einführung der **cont. tab.** sagen Paul. Castr. (Decius) Ronchegallus, Ricciardi, sie sei um des **emancipatus** willen geschehen, und dann auf die **sui** ausgedehnt, um Allen ein gleichmäßiges Recht zu gewähren. Die dem **institutus** committirte **c. t. b. p.** gestanden sehr Viele auch zu, wenn der Präterirte **tacet**, weil die **edictalis**, also die **non agnita b. p.** committirt werde (Alexander, Jason, Paul. Castr.). Ja sogar auch wenn der **praeteritus** das Testament approbirt, so erhalte der **institutus** die **c. t.**, denn diese sei bereits ein **jus quaesitum**. In dieser Weise wurde noch viel anderes Falsche oder Unnütze vorgebracht, z. B. ob auch die Eltern eine **c. t.** gegen die Kinder hätten (was allgemein bejaht wurde), ob die **b. p. sec. tab. dignior sit** als die **c. t.** u. s. w.

Die **sec. tab.** beschäftigte die Gelehrten ebenfalls sehr viel, indem sie möglichst vollzählig die Fälle *zusammenzustellen* suchten, wo das Prätor. Recht vom Civil*recht abweiche*, also wo die **b. p. necessaria** sei. Schon Baldus ist hierin sehr vollständig, er zählt zehn solcher Fälle auf.

Die **b. p. unde lib.** dehnte man ebenfalls wie die **c. t.** auf die Eltern aus, und stritt darüber, ob dies nun eine **b. p. unde liberi** oder **unde parentes** sei [8]). Bei der **unde agnati** nahm man allgemein eine Beschränkung bis zum 10ten Grade an.

So viel wird genügen, um den Charakter der damaligen Literatur anschaulich zu machen. Wenn man das, wovon wir heutzutage in der Lehre von der **b. p.** sprechen, mit den Verhandlungsgegenständen jener Zeit vergleicht, so muß man gestehen, daß hier zwei ganz verschiedene Lehren vorzuliegen scheinen. Man besprach damals, was heutzutage vergessen ist, und man richtet in unserer Zeit umgekehrt seinen Blick auf Dinge, von denen man damals kaum oder gar keine Ahnung hatte. Das Resultat solcher Vergleichung ist ein freudiges Gefühl, daß wir doch in gesunder Behandlung unserer Rechts-

8) Baldus fragt sogar, obgleich er es dann läugnet, ob es nicht auch eine **b. p. unde frater** und **unde fratris filius** seit der Nov. 118. gebe.

verhältnisse und unserer Quellen wahrlich auf einer anderen und besseren Stufe stehen, als die einst so viel gepriesenen Gelehrten jener Zeiten.

§. 181. B. Zeugnisse über das practische Recht. Hievon ist in dieser Periode wenig zu sagen. Ich spreche noch nicht von den Rechtszuständen Deutschlands, sondern lediglich Italiens, wo die Mehrzahl der bisher angeführten Juristen lebte. Man beschäftigte sich auch jetzt noch weitläuftig mit der Frage, die wir schon bei den Glossatoren haben kennen lernen, wann nämlich die bon. poss. hodie necessaria, und wann sie bloß utilis sei. Allein daß man unter diesem hodie ebenso wie früher nur das Justinianeische Recht verstand, ist auch für diese Zeit außer Zweifel [1]). Man verweitläuftigte auch diese Frage noch bedeutend, namentlich seitdem Baldus den Satz aufgestellt hatte, der dann so großes Glück machte, daß eine jede b. p. unter gewissen Voraussetzungen necessaria sein könne. So z. B. sollte dies der Fall sein, wenn der Berufene auf sein jus civile verzichtet habe, ferner wenn das Civilerbrecht nach dreißig Jahren verjährt, das utile tempus der b. p. aber noch nicht abgelaufen sei, und so noch in mehren Fällen, welche alle für die Folgenden ebensoviele Streitfragen hervorriefen. Jedenfalls ist daraus für die Beurtheilung des damaligen practischen Rechtszustandes, und die Frage, ob man die b. p. darin recipirt habe, gar nichts zu entnehmen.

---

1) Bartolus ad l. 5. C. unde legit. sagt: es schienen die b. possessiones per nova jura sublatae, weil hodie die differentia emancipationis patriae potestatis agnationis et cognationis aufgehoben sei; er läugnet dies dann, aber er spricht offenbar nur von der schon von den Glossatoren verworfenen Ansicht. Die nova jura sind Nov. 118. — Cinus sagt ad l. ult. C. unde legit. num. 12. bon. poss. in patronis et olim et hodie est necessaria secundum omnes. — Bei Jason ist hodie gleichbedeutend mit: per jura authenticorum. — Ebenso sagt Salicetus, die b. p. c. t. sei dem emancipatus praeteritus cum causa necessaria: „quod sic ut olim et eisdem competit, quibus olim, et sic sicut olim emancipato erat necessaria, ita hodie. Nec obstat, quod emancipati exaequantur hodie suis per aut. de her. ab int. §. nulla. — Solcher Stellen ließe sich leicht noch eine große Zahl anführen.

Ein zweiter Punkt, mit welchem man sich damals an noch vielfach beschäftigte, scheint schon näher darauf hinzuleiten. Bartolus brachte nämlich die Frage auf, ob auch das neuere statutarische Erbrecht der **potestates** in den einzelnen Staaten Prätorisches Recht sei, und also auch unter die Regeln von der Agnitions-Zeit und -Frist der **b. p.** falle. Baldus griff das gleich auf, und stellt diesen Fall mit unter die **bon. possessiones necessariae** [2]). In der Folgezeit hat man dann daraus eine sehr berühmte Controverse gemacht, und man muß es z. B. bei Ricciardi [3]) nachlesen, zu welchen Albernheiten man dabei gelangte. Es ist aber doch in der Hinsicht interessant, daß wir hier den ersten Versuch finden, das nationale Recht mit dem Römischen zu combiniren und unter gleiche Principien zu stellen, so verkehrt wir auch diesen ersten Versuch nennen müssen. Eine andere Frage aber ist, ob man auch sogleich diese Controverse auf die Praxis Einwirkungen geäußert habe, was man glauben mögte, *wenn man bei* Cinus liest, wie er bei seiner Interpretation einer Stelle sogleich die Advocaten aufmerksam macht (§. 179. Note 2. am Ende), was doch vorauszusetzen scheint, daß damals neue Ansichten gar leicht in der Praxis Beachtung fanden.

Ich vermag nicht auf diese Frage zu antworten, aber wahrscheinlich scheint mir die eben angegebene Folgerung nicht. Des Cinus Worte kommen mir eher wie eine Wichtigthuerei vor, die wahrlich nicht hinreicht, um daraus zu schließen, daß die Advocaten sogleich Alles, was in der Theorie über die b. p.

---

2) Baldus ad tit. C. qui adm. num. 23. — Item si statutum Marchionis Marchiae vel Ferrariae, vel ducis Venetorum vel Genuae, vel decretum domini Paduani defert alicui successionem, est necessaria b. p., quia statutum Praesidis provinciae est jus Praetorium, quod non defert hereditatem etiam jure civili, sed demum per bon. possessionem quod est not. ut habes per Bartolum ff. ad l. 1. in fin. de b. p. Sed si fieret statutum a prioribus locorum statuentibus vice et nomine totius populi, licet cum praesidis auctoritate, esset jus civile, et ex eo posset perpetuo hereditas adiri.

3) Ricciardi in Rubr. de b. p. num. 93—127. Wie man diese Frage in Deutschland behandelt hat, werden wir in der folgenden Periode sehen.

Neues gesagt wurde, angewandt hätten. Und daß die Statuten einzelner Italienischer Städte, welche ich schon in der vorigen Periode angeführt habe, in directem Widerspruch mit jener Theorie stehen, brauche ich nicht weiter zu bemerken. Jedenfalls hat dieselbe auf die Behandlung des Erbrechtes in Deutschland, wie wir alsbald sehen werden, gat keine Einwirkung gehabt, wenn wir auch noch öfter die Schriftsteller der folgenden Periode darauf zurückkommen sehen.

III. Behandlung der b. p. seit dem 16. Jahrhundert bis auf unsere Zeit.

29. Zasius ad tit. D. de her. pet. poss. Oper. omn. Tom. I. Francof. 1590.
30. Alciati Paradoxa. II. 13. III. 2. 10. IV. Prooemium. cap. 1. 4. 6.
31. Oldendorp. Actionum forensium progymnasmata. (Op. tom. II. Basil. 1559) Class. I. act. 1. Class. V. act. 6.
32. Sichardus. Praelect. in Codic. (Francof. 1613.) ad tit. qui admitti.
33. Schneidewinus. Comment. in Instit. (Argentor. 1573.) ad tit. de b. p.
34. Mudaeus. Comment. in tit. lib. VI. Codicis. (Spirae 1604.) ad tit. qui admitti.
35. Contius Scholien zur Glosse (in der glossirten Ausgabe des Corp. jur. von Fehius).
36. Hotomannus. Comment. ad Inst. (Lugd. 1588.).
37. Donellus. Comm. de jure civ. (Francof. 1596.) Lib. VII cap. 14.
38. Cuiacius. Recitat. in Cod. ad tit. qui adm. et seqq. und Recitat. in tit. D. bon. poss. et seqq.
39. Ranchinus. Tract. de succ. ab int., in quo jus Gallicum cum Romano edocetur. Francof. 1601.
40. Giphanius. Explanatio in Inst. ad tit. de b. p. (Argent. 1610.) Explan. diff. et cel. leg. Cod. (Col. Planc. 1614.) ad l. 1. C. quando non petent.
41. Sc. Gentilis. de jurisdictione Lib. I. cap. 21—27. (Francof. 1601.).
42. Bocer. (resp. Seiferlin) de bon. possessionibus. Tübing. 1597.
43. Bachovius ad Treutlerum (Heidelb. 1618.) Vol. II. Disp. XV. de bon. possessionib. (resp. Elia Kraft, Gedanensi).
44. Berlich. Conclusiones practicabiles (Lips. 1654.) III. concl. 16 u. 26.

45. **Brunnemann** Comment. ad Pand. Wittenberg. 1731. ad tit. de her. pet. poss. de b. poss. et seqq.
46. **Philippi** Usus pract. Instit. Justin. (Lips. 1698.) Lib. II eclog. 29. Lib. IV. ecl. 34.
47. **Hahn** ad **Wesenbecium**. (Francof. et Lips. 1706.) ad tit. de b. p. etc.
48. **Schilter**. Praxis juris Romani in foro Germ. Exerc. 15. § 54 sqq. Exerc. 39. (Francof. 1733.).
49. **Lauterbach**. Colleg. theor. pract. ed. VI. 1784 ad tit. de b. p etc.
50. **Müller** ad **Struvium**. (Francof. 1692) ad tit. de her. pet. u. de b. p.
51. **Vinnius** Commt. in Inst. (Lugd. 1761.) ad tit. de b. p.
52. **Wissenbach**. Exercit. ad Pand. 1653. ad tit. de b. p. etc.
53. **Perez**. Praelectiones in Cod. 1651. ad tit. de sec. tab. b. p. et seqq.
54. **Huber**. Praelect. jur. civ. (Francof. 1749.) ad Inst. de b. p. ad D. tit. de her. pet. poss.
55. **Gudelinus** de jure novissimo. Antwerp. 1644. *Bugnyon* legum abrogatarum tract. c. additionibus auct. *Franc. Christyn.* (Bruxell. 1666.) I. c. 205. **Groenewegen**. de legib. abrog. in Holland. (Amstelod. 1669) ad tit. D. de b. p. u. I. de b. p.
56. **Voedt** ad Pand. ad tit. de b. p.
57. **Everard. Otto** ad Instit. (ed. Iselius. Basil. 1760.) ad tit. de b. p.
58. **Schacher** Colleg. pract. (Lips. 1703.) ad tit. de b. p. etc.
59. **Stryk** Successio ab intest. Diss. IX. (1687.). — Usus modern. Pand. lib. 37. tit. 1. —
60. **Hoppii** Commentar. in Inst. (Francof. 1772. ed. Walch) ad tit. de b. p.
61. **Berger**. Oeconomia jur. Darmst. 1794. Lib. II. tit. 4.
62. **Friess**. (respond. Lehmann) de bon. poss. unde vir et uxor dissert. jurid. Lips. 1715.
63. **Höpfner** Commentar zu den Institutionen §. 655. ff.
64. **Koch**. Bonorum possessio. Literarisches Testament nebst Commentar, Revision und Codicill. Giessen 1799. — s. darüber Bd. I. Einl. S. IX.
65. **Glück**. Intestatsuccession. (2. Aufl. 1822.) S. 306—393. 531—543.
66. Ed. **Gmelin** de convenientiis et differentiis inter hereditatem et bon. possessionem. Götting. 1808.
67. Die neuere Literatur, abgesehen von den Compendien, s. Bd. I. Einl. S. XXIII. ff.

§. 182. A. **Literärgeschichte**. Während wir bis-

ier vorherrschend mit Italienischen Juristen uns beschäftigt haben, sind es jetzt bei weitem der größeren Zahl nach Franzosen und Deutsche, welche die Literatur fortführen. Es ist dies auch zugleich die Zeit, in der sich das Römische Recht in Deutschland ansiedelte, zu Ende des funfzehnten und im sechzehnten Jahrhundert gelangte bekanntlich dessen Anwendung erst zu einer festen Gestaltung. Diese Periode ist daher für uns die vorzugsweise wichtige, wir haben zu prüfen, ob die uns hier interessirenden Theile des Römischen Erbrechts in Deutschland Eingang gefunden haben, oder nicht; wir haben vorher aber wiederum zuerst den wissenschaftlichen Werth der vor uns liegenden Literatur kennen zu lernen. Ich fasse für diese beiden Fragen die ganze Zeit seit dem sechzehnten Jahrhundert gleich in eine einzige Periode zusammen. In Beziehung auf die Dogmengeschichte ist bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts die Literatur durchaus gleichen Charakters, es würde also Willkürlichkeit sein, wenn wir nicht das 16., 17., 18te Jahrhundert in denselben Zeitabschnitt zusammenstellen wollten. Und damit schließe ich denn auch die Dogmengeschichte unserer Lehre, indem die seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts beginnende neue Periode, welche der historischen Untersuchung dieses Rechtstheils so förderlich gewesen ist, schon in der Einleitung des ersten Bandes vorausgenommen werden mußte.

In Beziehung aber auf die andere Frage von der practischen Geltung der b. p. würde es ganz unpassend sein, wenn wir die Zeit seit dem sechzehnten Jahrhundert bis auf unsere Gegenwart noch wieder in mehre Perioden theilen wollten. Wir werden nachher sehen, daß es eine einzige Frage ist, die sich nicht weiter trennen läßt, bei der wir also auch gleich die Literatur der neusten Zeit mit hinzuziehen werden.

Fassen wir also zuerst die Dogmengeschichte ins Auge. Wir können im Allgemeinen sagen, daß man in den drei vor uns liegenden Jahrhunderten in der Erklärung des Römischen Rechts weiter gelangte, als in der vorhergehenden Zeit. Es wehte doch schon ein weit besserer Geist, man wandte sich wieder zum Studium der Quellen selbst zurück, fing an sie mit gesundem Sinn zu interpretiren, und vergaß viele von den unnützen Controversen, welche die vorige Periode hervorgeru-

den, mit denen man sich jetzt in unserer Lehre beschäftigt. Es wird daher genügen, wenn ich im folgenden §. eine Uebersicht der in dieser Zeit hauptsächlich besprochenen Punkte gebe.

§. 183. Die Definitionen der b. p. schwinden schon im Anfange dieser Periode zu der kurzen Bemerkung zusammen, die b. p. sei das Prätorische jus persequendi retinendique patrimonii, eine juris possessio, d. h. Prätorisches Erbrecht, welches zu seiner Geltendmachung noch einer besonderen Klage (der her. pet. possessoria) bedürfe. Manche Schriftsteller schließen sich dabei noch an die frühere Terminologie an, und erklären demnach die b. p. für ein jus propter quod [1]).

I. Das Recht des bon. possessor an der Erbschaft wird nun von Cujacius zuerst mit besonderer Klarheit auf die vom Prätor angenommene Fiction gestützt. Er werde in Allem fingirt, als wenn er heres wäre, seine Klagen seien fictitiae, gewöhnlich würden sie possessoriae genannt. Das Eigenthum des b. possessor an den Erbschaftssachen sei ein dominium possessionis [2]).

---

wird. Umgekehrt ist Stryk vorzugsweise zu tadeln, der, um recht gelehrt zu sein, sich wieder ganz ernsthaft auf die früheren Controversen der Italiener einläßt.

1) Besondere Schwierigkeit machte man sich übrigens bei der c. t. b. p. So sagt z. B. Lauterbach (der ad tit. de b. p. §. 24. ausdrücklich hervorhebt, die b. p. sei kein jus quo) später ad tit. de c. t. b. p. §. 7: Duo enim haec b. p. continet, remedium rescissorium, quo rescinditur testamentum patris, et petitorium, quo ejus patrimonium persequimur. Quidam tantum rescissorium esse dicunt, et resciszo testamento recurrendum esse ad edictum unde liberi. Sed fallunt et falluntur, omnes enim b. possessiones causae simul sunt, et modi rem ipsam consequendi.

2) Cujacius (ad tit. D. de b. p. — s. auch Bd. I. S. 74. Note 4) unterscheidet ein dominium proprietatis und possessionis, gestützt auf l. 2. und 4. C. de probat. und l. 11. C. de furt. Letzteres sei bloß, daß man pro domino possidet, (z. B. der, welchen der Prätor ex secundo decreto possidere jussit, werde in fr. 1. de fundo dotali: dominus genannt), es gewähre nur possessio und usucapio.

Dieser letztere Satz hat nun vielerlei neue Ansichten hervorgerufen. Ranchinus läugnet danach die frühere Theorie. Der b. possessor habe nicht das directum dominium, auch nicht das utile, wie die Meisten sagten, sondern das dominium possessionis, während dem heres das dominium proprietatis zustehe. Dies nahm auch Treutlerus an, wogegen dann aber Bachovius auftritt: es sei nicht das domin. poss., sondern das dominium utile, man könne es auch das bonitarium nennen, im Gegensatz zu dem quiritarischen des heres. Dem stehe auch die l. un. C. de nudo jure Quir. toll. nicht entgegen, denn Justinian habe nur das nudum jus Quir. aufgehoben, man müsse aber die Unterscheidung zur Erklärung der textus antiqui benutzen. Uebrigens, setzt er hinzu, sei das dominium des b. possessor ein wahres dominium, und gewähre dasselbe Recht, wie das des heres, und ferner müsse man es genau vom utile dominium des Vasallen und Emphyteuta unterscheiden. Denn hier stehe ihm wirklich ein domin. directum gegenüber, das nicht (wie bei der b. p.) in nudo nomine consistit, sed multos effectus habet. Das jus feudale und consuetudinarium habe diese verschiedenen Eigenthumsarten constituirt, und es sei vergeblich nur Einen Eigenthumsbegriff festhalten zu wollen, quod nec ipse Justinianus constitutione sua efficere potuisset. — Darauf brauchte Wissenbach noch einen neuen Namen dazwischen, nämlich den des Prätorischen Eigenthums: b. p. tribuit dominium bonitarium vel potius Praetorium [3]), non Quiritarium non civile i. e. tribuit effectum dominii tuitione Praetoris. Otto warf am Ende Alles durcheinander: „praetor, sagt er, jus facere non poterat, sed dominium illud utile seu possessionis tuebatur, donec tempora usucapionis aut praescriptionis elapsa essent.“ — Man sieht, es war ein unschuldiger Streit um Worte geworden, man gestand dabei zu, daß es kein schlechteres Recht als das des heres sei, und daß man es von dem utile dominium des Vasallen, dessen juristische Theorie sich inzwischen vollkommen festgestellt hatte, genau zu trennen habe.

3) Hahn (ad Wesenb.) sagt dasselbe, nur läugnet er außer dem utile auch das bonitarische. Ebenso Lauterbach.

2. Ein anderer für die Berechtigung des **b. possessor.** dem **heres** gegenüber, so höchst wichtiger Punkt kam in dieser Periode zum ersten Mal zur Sprache, nämlich die Eintheilung der **b. p.** in **cum** und **sine**. Bei Mudäus findet sie sich zuerst erwähnt, und es werden dafür die eben herausgegebenen Fragmente Ulpians citirt. Aber man wußte mit der neu erhaltenen Nachricht, die doch der eigentliche Schlüssel zum Verständniß des klassischen Juristenrechts ist, nichts Rechtes anzufangen. Mudäus erklärt die **b. p. sine re** für die, deren Klagen denegirt würden, weil z. B. der Agnoscirende ein **indignus** sei. Cujacius hält die **b. p.** für **sine re**, wenn es zu Tage kommt, daß das Testament, woraus **sec tab.** gegeben ist, **injustum, nullum, ruptum, irritum** oder **falsum** sei. Struf (**Cap.** 2. §. 9.) führt als Beispiele der **sine re** an die **litis ordinandae gratia**, oder wenn ein Späterer die **b. p.** agnoscirt, während noch ein anderer Prätorischer Erbe berufen ist. Man sieht also, daß Stryck schon ziemlich auf richtigem Wege war. Es ist aber behauptet worden, daß die richtige Erklärung der **b. p. cum** und **sine re** schon früher von Giphanius gegeben worden sei [4]), und in der That ist, was er **ad l. 1. C. quando non petentium** sagt, vollkommen treffend. Dennoch aber hat er keine durchaus richtige Vorstellungen, denn in der Explanatio der Institutionen führt er, obgleich er zuerst sagt: **sine re est, quum alius jure civili evincere hereditatem possit,** als Beispiel an: wenn der **filius litis ordinandae gratia** agnoscire, und dann mit der Querel nicht siege, so sei das eine **b. p. sine re.** — Uebrigens muß ich noch bemerken, daß schon Cujacius ebenso wie die Neueren quellenwidrig von einer **hereditas sine re** spricht.

3. Ein bedeutender Fortschritt war, daß man die verkehrten Ansichten über **b. p. decretalis** und **edictalis** aufgab, und wenigstens durch weniger fehlerhafte Erklärungen ersetzte. Auch dies findet sich wieder zuerst bei Mudäus, aber er dubitirt noch, ob man darunter die Delation und Acquisition der **b. p.**, oder (wozu er sich mehr neigt) die **edictalis** als die verstehen solle, welche **de plano** gegeben werde, während die

---

4) Hugo R. G. S. 610. Note 2.

decretalis die **Carboniana** und **ventris nom.** umfasse. Bald indessen wurde dies zur allgemeinen Ansicht, man erklärte die **decretalis** als die, welche in Folge einer **causae cognitio** vom Richter noch besonders ertheilt werde 5), wobei indessen schon von Wissenbach bemerkt wird, daß auch eine **edictalis cum causae cognitione** vorkommen könne. Der Hauptfehler war nur, daß man das Ganze als eine Haupteintheilung der **b. p.** hinstellte, und so die ganz accessorische Stellung der **b. p. decreto data**, wie sie aus den Quellen hervorgeht, völlig verkannte 6). Es war ebenso, wie mit der Eintheilung in **b. p. ordinaria** und **extraordinaria**, wodurch einem verhältnißmäßig ganz unbedeutenden Punkte eine Wichtigkeit beigelegt wurde, die ihm gar nicht gebührte 7). Unsere Literatur hat überhaupt von zu großer Eintheilungssucht genug zu leiden gehabt.

4. Eine viel untersuchte Frage dieser Zeit war nach den **differentiae** der **her.** und **b. p.** Es würde nicht lohnen, wenn ich hier Alles aufzählen wollte, was man in dieser Hinsicht vorgebracht hat. Nur einzelne Punkte will ich hervorheben. So stritt man sich darüber, ob es auch eine **b. p. civilis** gebe, und ob die Ansicht des Cujacius richtig sei, daß gar kein solcher Fall in den Quellen vorkäme. Ferner wiederholte man immer den Satz, daß eine **her. ad.** nicht durch Stellvertreter vorgenommen werden könne, **quod**, wie Mudäus sagt, **simulatque quis constituit procuratorem ad adeundum, jam ipse adiisse videatur.** Was hievon zu halten sei, habe ich früher untersucht. — Ein sehr viel besprochener Unterschied war noch, daß die **her. ad.** in 30 Jahren verjähre, die **b. p.** in 100 Tagen und 1 Jahr, da aber dies Letztere **utile tempus** sei, so wurde der Satz des Baldus immer wieder hervorgeholt, daß auch nach Ablauf der 30 Jahre Jemandem möglicher Weise die Frist der **b. p.** noch laufen

---

5) Scipio Gentilis verweist auf die frühere Ansicht mit folgenden Worten: Legatur summa saltem Azonis, item liber satis crassus cujusdam Ronchegalli, quem tantas turbas in jure civili miscuisse, qui tam nugax esset, miror.

6) Hugo R. G. S. 604. Z. 25.

7) S. oben §. 117.

könne. Es half wenig, daß Cujacius hervorhob, nur die her. pet. verjähre in 30 Jahren, man ließ sich nicht irre machen auf diesen Grundirrthum folgende Ansicht zu bauen: die Regel des successorium edictum, daß der suus in drei Jahren hintereinander agnosciren könne, müsse jetzt auf die civilis successiones übertragen werden, da der Sohn jetzt civile Erbrecht habe. Es stände ihm also ein dreifaches Recht der her. ad. zu, jedes von 30 Jahren, zuerst als suus, dann als agnatus, zuletzt als cognatus. Ueber diese 90jährige Verjährung ist von Ludovici eine eigene Schrift: de nonagenaria praescriptione geschrieben worden, die ich indeß nicht kenne. Man war aber noch gütiger; wenn der suus im Testament eingesetzt wäre, so habe er ja deßhalb noch 30 Jahre, man gestand ihm dann also 120 Jahre zu [8]). Am Ende sah man doch ein, auf wie verkehrtem Wege man gehe, aber nichtsdestoweniger sagte man (Stryck, Lauterbach), die *falsche Ansicht* sei einmal Praxis geworden, es lasse sich *also nichts weiter* machen, als daß man sie als ein jus personalissimum der Descendenten vor weiterer Ausdehnung bewahre. — Solchen Mißbrauch trieb man mit der s. g. Praxis, d. h. mit richterlichen Urtheilen, in denen ein paar mal nach einer herrschenden falschen Theorie entschieden worden war!

5. In den einzelnen Theilen der b. p. schritt man allmählig zu besserer Erkenntniß vorwärts. Namentlich gilt dies von der c. t. b. p. und den damit zusammenhängenden Instituten, für welche insbesondere die trefflichen Quelleninterpretationen des Cujacius Bedeutendes geleistet haben. In den übrigen Klassen war weniger Anlaß zu Untersuchungen; bei der sec. tab. begnügte man sich mit Aufzählung der einzelnen Abweichungen des Prätorischen vom Civilrecht, und von den Intestatklassen waren die drei ersten durch die Nov. 118. absorbirt. Indessen muß ich hier noch bemerken, daß man von

8) Ant. Faber de errorib. pragm. sagt darüber (III, 8.): Quo quid, obsecro, dici potest improbabilius? Dicerem ineptius nisi, quod magis miror, eam opinionem in omnibus etiam summis tribunalibus receptam viderem. s. auch Glück Intestaterbf. S. 382.

dem Glauben, die Agnatenklasse sei auf den zehnten Grad beschränkt, zurückkam [9]).

§. 184. B. **Zeugnisse über das practische Recht.** Wir müssen stets im Auge behalten, daß es zwei ganz verschiedene Fragen sind, ob Justinian die b. p. noch als geschlossenes System dem Civilrecht gegenüber aufrecht erhalten habe, und ob mit der Reception des Römischen Rechts in Deutschland auch dies geschlossene System der b. p. aufgenommen worden sei. Ich habe in der Einleitung nachgewiesen, daß eine Präsumtion für die practische Gültigkeit dessen, was wir im Corpus juris finden, für uns gar nicht besteht. Vielmehr muß dieselbe bei jedem einzelnen Institute speciell untersucht werden, außer wo wir es lediglich mit Rechtssätzen zu thun haben, die sich als Folgerungen eines anderen entschieden geltenden Grundprincips darstellen. Die Frage nach der Reception der b. p. zerlegt sich nun (abgesehen vom Int. quor. bon.) in zwei Theile, wir müssen untersuchen, ob die einzelnen Prätorischen Erbklassen, welche im Corp. jur. noch selbständig neben den civilrechtlichen bestehen, in Deutschland Anwendung gefunden haben, und zweitens ob man eine doppelte Art der Erbantretung, bei den civilen Klassen die civile, bei den Prätorischen die bon. possessionis agnitio festgehalten, oder sich für sämmtliche Erbklassen allein mit der hereditatis aditio begnügt habe. Die Prätorische Antretungsform steht weder mit den Regeln über die Prätorischen Erbklassen, noch mit der civilen Antretung in solchem Zusammenhange, daß wenn wir die letzteren beiden Punkte entschieden recipirt finden, damit von selbst auch schon auf die Gültigkeit jener geschlossen werden könnte.

Diese kurzen Sätze vorausgeschickt, haben wir nun uns genauer auf die Untersuchung einzulassen, von der die ganze heutige Geltung unserer Lehre unmittelbar abhängt. Wir haben in der vorigen Periode gesehen, daß die Literatur sich mit der Reception der b. p. gar nicht beschäftigte, man sprach allerdings scheinbar von dem was hodie gelte, dachte dabei aber gar nicht an die wirkliche Gegenwart, sondern an das neuste

9) s. z. B. Hahn ad Wesenb. ad tit. unde legit.

Justinianeische Recht, und wie wenig daraus Schlüsse auf den wirklichen Rechtszustand der damaligen Zeit gemacht werden dürfen, habe ich zur Genüge gezeigt. Mit dem Anfange dieser Periode aber äußert sich der wesentliche Fortschritt, daß die bisherige Entfremdung der Gelehrten vom wirklichen Rechtsleben als ein wahrer Mangel erkannt wird, und von nun an bildet die Frage über die practische Geltung der b. p. eine wichtige, fast von keinem der angeführten Schriftsteller übergangene Controverse. Man muß aber, um den Gang derselben klar zu verfolgen, genau im Auge behalten, daß jene alte Frage, ob die einzelnen Theile der b. p. hodie necessariae oder utiles seien, sich auch noch durch die ganze Literatur seit dem 16. Jahrh. unverändert hindurchzieht, auch vielfach mit Beibehaltung des Wortes hodie. Alles, was davon die Schriftsteller sagen, interessirt uns hier gar nicht, und es läßt sich auch leicht bei jedem Autor von dem, was er über die wirkliche practische Gültigkeit sagt, trennen. Bachovius drückt die Frage passend mit den Worten aus, ob die b. p. Civilrecht geworden sei, und warnt davor, dies nicht mit der b. p. civilis oder ex legibus zu verwechseln [1]). —

Oldendorp ist es, der zuerst hervorhebt, wie wichtig es sei, das wirklich bestehende Recht neben den gewöhnlichen Schulfragen, durch welche die bisherige Literatur sich so völlig von der Gegenwart entfremdet hatte, nicht zu übersehen. Er ist der nachher noch weiter zu besprechenden Ansicht, daß wenn in einer civitas Antretungsfristen angeordnet wären, diese als Prätorisches Recht zu behandeln seien, und sagt bei dieser Gelegenheit (Class. II. act. 1.): et hinc videmus, omnes propemodum mores civitatum, qui antiquitatem redolent, tractos esse ex jure praetorio, nisi modo libeat utriusque saeculi observantias invicem conferre. In quo tamen genere investigandi juris, proh dolor, nemo fere nunc vult exerceri; adeo distracta sunt studiosorum ingenia ad immodicas disputationes seu verius altercationes opinionum. — Freilich kann man sich nicht wundern, daß zu seiner Zeit

1) Th. II. Lit. D. — et prorsus diversae sunt quaestiones, an antiqua species bonorum possessionis sit ex jure civili, et an bon. possessiones ordinariae hodie juris civilis sint effectae.

und nach ihm noch Viele, auch wenn sie nun in der That von der heutigen Anwendbarkeit der b. p. reden, dennoch im Grunde wenig aus der bisherigen Anschauungsweise heraustreten, deren Aeußerungen über das practische Recht wir daher gar keinen Werth beilegen können [2]). Erst Giphanius erwarb sich das Verdienst, daß er den Schleier, welcher gleichsam noch über der Frage von practischer Anwendbarkeit der b. p. schwebte, mit starker Hand zerriß, und zuerst eine Ansicht aussprach, der man es gleich ansieht, daß sie aus klarer Anschauung des Lebens hervorgegangen ist [3]). Weniger

2) So sagt Sichardus (ad Rubr. C. qui adm. §. 25.) bei Gelegenheit der decretalis b. p.: tamen hodie illud decretum non requiritur amplius, sed sufficit, et erit practica, quod qui habet edictalem b. p. i. e. qui vocatur ex aliquo edicto praetoris, nihil faciat, nisi ut adeat judicem qualemcunque, et testetur coram eo, se esse bonorum possessorem vel se esse dominum bonorum relictorum. (Hiefür wird noch eine besondere Formel hinzugefügt: Domine judex, ego agnosco bon. possessionem Titii defuncti et volo esse dominus bonorum ipsius), quod vocatur agnoscere b. possessionem: judex autem nihil addet, nec erit opus ejus decreto confirmatorio. Sichard macht hier gleich aus dem Satze, daß der bonorum possessor das dominium erhalte, eine eigene Agnitionsformel für das, was er noch als decretalis b. p. ansah. Sein Zusatz: et erit practica sieht dabei ganz naiv aus, denn das zweifelnde erit zeigt, daß er hier nur seine eigene Vermuthung ohne weitere Gründe, als daß es Justinianeisches Recht sei, ausspricht.

3) Giphanius Expl. in Inst. — „Si mores et aetatem nostram spectas, nullus est usus bon. possessionis, sed utimur tantum hereditate et aditione hereditatis civili. Huic rei argumento sunt haec: primum quia in jure municipali sive statutis civitatum et constitutionibus imperii, regum ac principum nulla usquam mentio b. possessionis fieri solet: deinde quia in consiliis Dd. item nulla exstat mentio: postremo et ratio est, cur hodie ejus nullus esse debeat aut possit, satis perspicua. His accedit, quod jam olim apud Graecos rarissima sit mentio bon. possessionis, ut videre licet in Nov. Just., Leonis, Philippi, in libris βασιλικῶν et in Harmenopulo. Non recte autem Andreas Pernedes in Inst. Germ. explicans tractatum de b. p. eas confundit cum inductione sive missione in possessionem, Germanice Einsatz. Nam b. p. de qua hic agitur juris est potius, quam corporis. At pos-

befriedigend wird die Frage von Ranchinus aufgefaßt, der freilich auch die Unanwendbarkeit der b. p. für Frankreich annimmt, aber lediglich wegen des Rechtssatzes: le mort saisit le vif, woraus denn auch zugleich die Aufhebung der her. aditio folgt [4]).

Scheinbar ist, den Worten nach, der Ansicht des Giphanius geradezu entgegengesetzt die von Oldendorp. Er erblickt, wie ich vorher schon bemerkte, in den Antretungsfristen der civitates ein Fortleben des Prätorischen Rechtes [5]), aber man sieht offenbar, daß er hier das neuere Recht nur mit der b. p. vergleicht, daß er (und zwar mit Recht) meint, es lägen hier wie vor Alters dem Prätor dieselben Veranlassungsgründe vor, Gründe, welche auf einem aus der Natur der

sessio, in quam quis mittitur sive inducitur, corporis est et facti potius, quam juris; et de hac missione sive inductione in possessionem in aliis locis explicatur, ut sub tit. de ed. divi Hadr. sub tit quor. bon. tit. de her. pet. —"

4) Ranchinus §. 28. „Porro supervacuae atque inutiles sunt hodie apud nos istiusmodi quaestiones; hodie enim ex generali Galliae consuetudine omnes heredes sive testamentarii sive legitimi ipso jure non modo heredes sed etiam bon. possessores existunt. i. e. transfertur ipso jure ad eos non modo dominium, sed etiam b. possessio, nec necesse habent aut her. adire, aut b. possessionem petere, vocaturque ea consuetudo: le mort saisit le vif." etc. Ranchinus scheint hier, indem er die b. p. dem dominium entgegensetzt, demselben Fehler zu verfallen, den Giphanius am Pernedes tadelt.

5) Oldendorp. Class. II. act. 1. (p. 101 sqq.). „His rationibus (die Prätorischen Beweggründe) motae sunt civitates pleraeque ad recipiendam annalem praescriptionem, qua utuntur semper in agnoscenda vel adeunda hereditate quomodocunque delata, ut nemo ad bona defuncti admittatur, nisi se insinuet magistratui, et probet testibus gradum consanguinitatis. Quae omnia ex hoc fonte sunt. Et si volueris altius repetere, invenies axiomata naturae, quae eodem pertinent, ut morientium hereditates non intervertantur. —"

„Semper autem meminisse debes, quod hodie civitates solent plerumque observare solennitatem quandam publicandorum testamentorum, quae imaginem repraesentat veteris bon. poss. agnoscendae. Quod certe non est improbandum, ne fraus committatur circa ultimas voluntates." —

menschlichen Lebensverhältnisse erklärlichen practischen Bedürfnisse ruhen. Es ist also dabei nicht daran zu denken, daß Oldendorp eine directe practische Geltung der Römischen b. p. behaupte, und ebenso, wie er, drückt sich auch schon Zasius der Verfasser des Freiburger Stadtrechtes, aus [6]). Wir haben es hier also nicht mit Gegnern des Giphanius zu thun, sondern es ist im Grunde ganz dieselbe Ansicht, nur in anderem Gewande. Die eigenthümliche Art des Ausdrucks erscheint als Ueberbleibsel jener oben erwähnten Theorie der Italiener, daß das statutarische Recht als Prätorisches aufzufassen sei. Aber sie hat jetzt ihre schädliche und unrichtige Gestalt verloren, und ist zu einer unschuldigen äußerlichen Combination des nationalen Rechtes mit Römischen Rechtsausdrücken herabgesunken. Die Unrichtigkeit jener Ansicht, so wie sie die Italiener ausgesprochen hatten, ist denn auch in Deutschland entschieden erkannt worden [7]). —

Die drei Ansichten, welche wir bei Sichardus, Oldendorp und Giphanius finden, ziehen sich nun durch die ganze Folgezeit hindurch. Ich will danach die Einzelnen hier kurz charakterisiren, wenn auch nicht jeder der anzuführenden Schriftsteller stets einen von jenen dreien als Gewährsmann citirt.

Die Ansicht des Sichardus theilen Bocer, Bachov, Lauterbach (der übrigens Schriftsteller wie Oldendorp so citirt,

6) Zasius a. a. O. „Alia est b. p. decretalis, quam praetor vivus, id est vivus judex, petenti decernit. Hodie (d. h. nach Justinianeischem Rechte) non est necesse quod decernatur, sed sufficit eam agnoscere. l. fin. C. qui adm. etc. de hoc. Gl. Bald. Paul. In nostra civitate locum habet bon. poss. decretalis et non agnitiva.

7) Bachovius ad Treutl. Thes. I. Lit. F. sagt, es sei für Deutschland falsch, daß man die Erbrechte ex edictis vel statutis principum vel ducum für jus praetorium erkläre, denn die principes Germaniae hätten legis etiam proprie ita dictae condendae facultatem. — Ein verfehlter und zugleich unfruchtbarer Versuch, die Theorie der Italiener wieder hervorzuziehen, findet sich bei Schacher. Er schließt nämlich daraus folgendermaßen: unde forte non inepte dici possit, successores ex jure Saxon. Provinc. magis pro heredibus quam pro b. p. habendos, eo quod hoc jus ab Impp. tanquam ex lege fundamentali confirmatum et ita quasi ab ipsis datum.

als seien sie seiner Ansicht), Schacher (der auch gleich, um recht practisch zu sein, eigene Formulare für die s. g. **actio** oder **imploratio pro datione bon. possessionis contra tab.**, sec. **tab.** etc. fabricirt), Stryk, Hoppe, Frieß, Höpfner, Koch (S. 343.), Glück (a. a. O. S. 535.), Löhr (Magaz. III. S. 34) und Roßhirt.

Auf der Seite Oldendorps stehen Hahn, Berger und Schilter [7a]). Ersterer sagt darüber: **etsi nomine illo (b. p.) non utamur** [8]), **tanquam vulgo ignoto, re tamen ipsa utimur, quotiescunque successores implorant judicis officium, et petunt se vel confirmari vel declarari alicujus defuncti successores.** Man sieht hieraus sehr deutlich, daß man lediglich das Wort b. p. festhielt, das Römische Institut dagegen gänzlich aufgab, und so können wir denn auch diese Mittelmeinung, die etwas Anderes sagt, als sie zu sagen scheint, ihrem eigentlichen Sinne nach ganz der Ansicht des Siphanius gleichstellen.

Diese Ansicht des Siphanius zählt nun eine große Menge von Nachfolgern. Brunnemann, Müller, Vinnius, Wis-

7a) Schilter hat merkwürdiger Weise von allen drei Parteien Etwas angenommen. Vorzugsweise hat er die Ansicht Oldendorps, den er auch citirt. Er sagt (exerc. 15. §. 64), man müsse für die Geltung der b. p. die Orte unterscheiden, wo bloß Privatantretung besteht, von denen, wo private und richterliche neben einander gelten. Nur in letzteren könne von b. p. die Rede sein, aber auch da dürfe man den Ursprung der Regeln über richterliche Antretung nicht auf das Prätorische Recht, sondern lediglich auf das statutarische zurückführen, (damit also tritt er ganz zur Ansicht des Siphanius). Indessen meint er doch, um des Interdictes willen sei es eine rathsame Cautel die b. p. zu agnosciren, (indem er dem heres ohne Agnition der b. p. nur in beschränkter Weise das Interdict zugesteht. exerc. 47. §. 23.), weßhalb er es denn für nöthig findet, noch besonders den Beweis zu unternehmen, daß in Sachsen die Agnitionsfristen der b. p. noch practisch sein müßten. In dieser Hinsicht nähert er sich also der dritten Ansicht. s. den folg. §. Note 4.

8) Uebrigens ist auch dies eine Zeitlang streitig gewesen. Man behauptete, der Gegensatz von heres und bon. poss. sei auch ganz in die Deutsche Sprache übergegangen mittelst der Worte: Erben und Erbnehmen. Ueber d. wahre Bedeutung dieser Ausdrücke s. z. B. Hagemann Zellesches Stadtrecht S. 120. 121. s. auch Stryk U. M. P. lib. 37. tit. 1. §. 3. Schilter Exerc. 39. §. 4.

senbach, Perez, Huber, Bugnyon, Grönewegen, Gudelinus, Voedt, und von neueren Schriftstellern insbesondere Hugo [9]), Schweppe [10]), Göschen [11]) läugnen entschieden, daß es noch eine eigene Prätorische Erwerbart des Erbrechts gebe. Im Uebrigen äußern sich unsere neueren Compendien meistens unentschieden oder undeutlich [12]), so daß man nicht weiß, ob sie bloß Justinianeisches oder auch heutiges Recht vortragen wollen.

Ich hätte leicht die Anhängerzahl der einen oder anderen sich entgegenstehenden Ansicht noch vergrößern können. Es kommt hier aber überhaupt nicht auf die Zahl, sondern auf die Gründe an, auf die man sich stützt. Diese haben haben wir daher jetzt noch genauer kennen zu lernen.

Wir müssen, wie ich vorher schon bemerkte, bei der Untersuchung die zwei Fragen unterscheiden, ob man in neueren Zeiten die eigenthümlichen Prätorischen Erbklassen, welche das Corp. jur. noch neben den civilrechtlichen enthält, als Gründe des Erbewerbens anerkannt, und zweitens ob man außerdem auch die Prätorische Antretungsform, also die Agnition vor einem Richter in bestimmter Frist, als eine Nothwendigkeit für die Prätorischen, und als eine zweite Antretungsart neben der her. adit. für die civilen Klassen beibehalten hat. Aus der Art, wie ich eben die Ansichten der streitenden Parteien dargestellt habe, geht nun aber schon hervor, daß sich die Meinungsverschiedenheit nur auf die zweite Frage bezieht. Ueber die erstere ist bekanntlich kein oder nur specieller Streit, und ich kann sie daher hier gleich im Voraus sehr kurz erledigen.

1. Es handelt sich nämlich in Beziehung auf die bei uns gültigen Prätorischen Erbklassen hauptsächlich nur um drei Institute, die **contra tab. b. p.**, ferner die einzelnen Abweichungen des Prätors von den civilen Regeln über die testamentarische Succession (s. §. 164. ich will sie kurz mit dem Ausdruck **sec. tab. b. p.** zusammenfassen), endlich die **b. p. unde**

9) Lehrbuch des heut. R. R. (7. Aufl.) S. 160. Note 1.
10) Röm. Privatrecht §. 841.
11) Vorlesungen üb. gem. Civilrecht V. §. 995.
12) Mackeldey §. 683. Thibaut §. 867. Wening §. 503. Mühlenbruch §. 704. Puchta §. 501.

vir et uxor. Die übrigen Intestatklassen haben durch die Nov. 118. den Raum verloren.

a. In Beziehung auf die **contra tab. b. p.** ist freilich in der Literatur von jeher darüber gestritten worden, ob es Justinians Absicht war, durch die Novellengesetzgebung sie aufzuheben oder nicht. Ich habe oben im §. 164. bereits meine Ueberzeugung, die ich indessen in diesem Werke nicht begründen kann, für die erstere Ansicht ausgesprochen. Aber auch wer der entgegengesetzten zugethan ist, wird eingestehen müssen, daß ein Bestehenbleiben jenes formellen Notherbenrechtes neben dem materiellen auf den Pflichttheil gebauten für unsere Deutschen Verhältnisse jedenfalls sehr unpassend wäre; und in der That werden wir denn auch unten aus der Zusammenstellung Deutscher Stadt- und Landrechte genugsam ersehen, daß trotz jener Vertheidiger des formellen N. E. R. eine Aufnahme desselben in das Deutsche Rechtsleben sich nicht nachweisen läßt.

b. Rücksichtlich der **sec. tab.** besteht gar kein Zweifel. Man hat von jeher mit der Gesammtheit der testamentarischen Succession auch die Erweiterungen und Fortbildungen gelten lassen, die der Prätor, der im Allgemeinen ganz die civilrechtlichen Grundsätze anerkannte, daran anzuknüpfen veranlaßt wurde.

c. Ueber die practische Gültigkeit des sehr vernünftigen Rechtssatzes, daß in Ermangelung aller Verwandten der überlebende Ehegatte zur ganzen Erbschaft gerufen werde, ist ein wahrer Streit nie gewesen [13]. Manche haben sie freilich deßhalb geläugnet, weil nach Deutschem Rechte die Frau entweder in Folge der Gütergemeinschaft oder der ihr zugewiesenen **portio statutaria** in anderer Weise berechtigt worden sei, aber man vereinigte sich bald dahin, daß dadurch einestheils keineswegs immer die Möglichkeit der **b. p. unde vir et uxor**, d. h. des Rechtes in Ermangelung aller Verwandten dem fiscus vor-

---

13) Philippi a. a. O. III. ecl. 35. führt practische Urtheile an (die auch schon ecl. 29. stehen), welche die Gültigkeit der b. p. unde vir et ux. anerkennen. Damals ließ man übrigens den Ehegatten schon zu, wenn nur keine Verwandten bis zum 10ten Grade vorhanden waren. Dieser Irrthum (s. §. 183 am Ende) kann uns natürlich nicht binden.

gezogen zu werden, ausgeschlossen werde, weßhalb denn wenigstens in den Fällen, wo das Deutsche Recht dem Römischen Raum lasse, letzteres auch Geltung habe. Anderntheils nahm man jedenfalls für den District, wo jene Deutschrechtlichen Institute nicht in Uebung seien, die Anwendbarkeit dieser Classe an [14]). —

d. Außer diesen ordinären Erbklassen haben auch noch zwei wichtige Nebeninstitute der b. p., das **Carbonianum edictum**, und die **missio ventris nomine** entschiedene Anwendung in Deutschland gefunden. Die Schriftsteller rechneten sie zu der **extraordinaria** b. p., worunter denn auch noch die b. p. **litis ordinandae gratia** und **ex legibus** ihren Platz fanden. Daß diese letzteren beiden Institute unpractisch seien, weil sie schon im Justinianeischen Rechte überflüssig beibehaltene Ueberreste sind (s. §. 160 am Ende, und §. 171.), und ihnen im heutigen Rechte aller Boden der Anwendbarkeit fehlt, wird man mir wohl nicht bestreiten. Dies **Carbonianum edictum** und die **miss. v. n.** dagegen sind ganz selbständige Institute, die mit der b. p. nur in äußerlichem Zusammenhange stehen, und, auch wenn letztere in Beziehung auf die Antretungsform alle ihre Eigenthümlichkeiten abgestreift hat, dadurch in sich selbst keine Veränderungen erleiden. Sie setzen eine richterliche Entscheidung voraus, aber keineswegs deßhalb, weil hier bei den Römern die b. p. eine **decretalis**

---

14) Selbst Wissenbach, den Frieß mit zu denen rechnet, welche die b. p. unde v. et ux. für unpractisch erklärten, sagt nur: Moribus hodiernis illa conjugum successio praetoria passim antiquata est propter congugalem bonorum communionem. Grönewegen spricht bloß von Frankreich und Holland und erklärt sie allerdings in diesen Ländern für völlig unpractisch wegen der communio bon. der Ehegatten: Bugnyon sagt, in einzelnen Orten Frankreichs werde sie doch angewandt. Für Holland allerdings bezeugt es auch Vinnius ausdrücklich, daß gleich in Ermangelung der Cognaten das Vermögen an den Fiscus falle. Dagegen ist für Deutschland, sobald nicht Deutsche Rechtssätze beständen, die ihrem Wesen nach die Möglichkeit der Römischen Klasse ausschließen, die gemeinrechtliche Gültigkeit der b. p. unde vir et ux. nie bezweifelt worden. S. bes. Berlich, Schacher, Stryk U. M. P. lib. 37. tit. 1. §. 4. und Frieß (§. 18—20).

gewesen wäre (s. §. 171.); diese richterliche Entscheidung muß also, da sie in dem inneren Wesen der Institute begründet ist, stets beibehalten werden, und nur wenn wir finden, daß im heutigen Rechte die Prätorischen **Fristen** überhaupt verschwunden sind, so haben wir diese denn natürlich auch bei der Carboniana b. p. nicht mehr anzuerkennen, während sie für die **missio ventris nomine** ja auch schon bei den Römern nicht bestanden.

Ich führe zum Beweise für das Bestehen dieser beiden Institute nicht noch besonders einzelne Schriftsteller an, weil ich überhaupt nirgends Zweifel über ihre practische Anwendbarkeit gefunden habe, und dasselbe ist auch von der b. p. **furiosi nomine** und den ihr gleichartigen Fällen zu sagen (s. §. 166. Note 10.).

§. 185. — 2. Wir kehren jetzt, nachdem *wir die materiellen Rechtstheile haben kennen lernen, welche aus dem Prätorischen* in unser heutiges Recht übergegangen sind, zu jener zweiten Frage zurück, ob für sie nun auch die **formellen Erwerbsregeln** des Prätorischen Rechts nebst den Fristen von 100 Tagen und 1 Jahr als eine Nothwendigkeit bestehen geblieben sei, und ob außerdem die Agnition der b. p. auch für die Civilerben eine zweite Art der Erbantretung neben der her. aditio bilde. Es kommt, wie ich schon bemerkte, auf die Prüfung der Gründe an, welche in der Literatur zur Bejahung und Verneinung der Frage vorgebracht worden sind.

Hiebei glaube ich nun, daß man keinen Augenblick zweifeln kann, die Prätorischen Erwerbsregeln für entschieden unpractisch zu erklären.

Was zuerst die Bedeutung der b. possessionis agnitio für diejenigen betrifft, die nach dem Corp. jur. schon Civilerbrecht für sich haben, so ist freilich die Behauptung unendlich oft wiederholt worden, daß ihnen die b. p. utilis sei. Aber die utilitas könnte nur darin bestehen, daß sie dadurch das Int. quor. bon. erlangten. Da indessen, wie wir sehen werden, das Interdict nach zweifellosem Gewohnheitsrecht jedem heres auch ohne Agnition der b. p. zugestanden worden ist, so sinkt damit jene Behauptung zu einem ganz nichtssagenden Satze

usammen, der natürlich, auch wenn er tausendmal wiederholt
worden ist, dadurch nicht zu geltendem Rechte werden kann.

Für die Ansicht sodann, daß den eigenthümlichen Prä-
orischen Erbklassen die Agnition der b. p. in bestimmter Frist
ine Nothwendigkeit sei (s. g. b. p. necessaria), hat man sich
auf folgende Gründe berufen, die, wenn man sie genauer ins
Auge faßt, unglaublich schwach sind. Hauptsächlich nämlich
glaubte man schon damit genug bewiesen zu haben, daß man
ene alte Ansicht, welche aus der Nov. 118. die Ungültigkeit
der b. p. abgeleitet hatte, widerlegte. Später fügte man noch
inen neuen Beweisgrund hinzu. Es war nämlich die Ansicht
freilich nie recht bewiesen, aber doch laut geworden, daß schon
durch die ganze Abfassung des Corp. jur. die Klassen der
b. p. zu Civilrecht erhoben worden seien. Man hielt es nun
nach der durchaus vorherrschenden Ansicht für ein Leichtes,
dies zu widerlegen, und so war man denn gleich wieder mit
dem Schlusse bei der Hand, daß die Agnitionsregeln noch prac-
tisch seien [1]). Es wurden dann beide Gründe in die allgemeine
Redensart zusammengefaßt, daß die Eigenthümlichkeiten der
b. p. noch beständen, weil sie in keinem späteren Gesetze auf-
gehoben worden seien [2]). Dies ist aber nichts, als jene un-
begründete Präsumtion, von der ich in der Einleitung dieses
Buches gesprochen habe, der gemäß Alles im Corp. jur. von
vorn herein als practisch angesehen wird, ohne daß man sich
die Mühe zu geben brauchte, nach der Reception in Deutsch-
land noch weiter zu fragen. Es ist ganz offenbar, daß die
Meisten, welche überhaupt die Agnition für anwendbar halten,
sich lediglich auf diese falsche Ansicht von der Geltung des Rö-
mischen Rechtes im Allgemeinen stützen, und so fällt denn auch
das Eine mit dem Andern ohne Weiteres über den Haufen.

1) Bachovius ad Treutl. Thes. II. Lit. D. — „Eorum (si qui sunt) parum solida ratio est, qui ex dispositione et emendatione Just. bonorum possessiones juris civilis factas esse statuunt: quoniam naturam bon. possessionum Just. non mutavit, sed qualitates juris Praetorii iis reliquit." — Auch ich habe übrigens nirgends diese Ansicht gefunden.

2) Stryk Succ. ab int. Cap. II. §. 26: „quum hoc discrimen non legatur sublatum." Glück Intestaterbf. S. 535. Koch b. p. S. 343.

Wie viele Schriftsteller auch eine solche verkehrte Anwendung vom Römischen Rechte gemacht haben, so ist dadurch dessen wirkliche Stellung zum Deutschen Rechtsleben gar nicht verändert worden.

Außer diesem Grunde, der immer der hauptsächliche gewesen ist, versucht es nun aber Stryk auch in der That, die positive Anerkennung in Deutschland darzuthun. Das Beweismittel ist freilich sehr ärmlich. In den Constitutionen des H. August von Sachsen von 1572.[3]) kommt nämlich (pars III. const. 10.) folgende Stelle vor: „Wann der Vater ein Testament gemacht, — seine Kinder präterirt —, und solches ist mit ihrer Bewilligung und Vorwissen geschehen, so ist solches Testament **saltem jure Praetorio** kräftig und weil wir diese Meinung der Billigkeit gemäß erachten, so wollen wir, daß hinfüro in solchen Fällen also geurtheilt und gesprochen werde" —, **quae verba**, setzt Stryk hinzu, **sine effectu et causa fuissent adjecta, nisi Sereniss. Elector jus Praetorium et hujus naturam salvam et incolumem vellet conservatam.** Dies ist nämlich der Fall, in welchem man damals eine von den Erweiterungen des Civilrechts durch die Prätorische **sec. tab. b. p.** zu finden glaubte (s. §. 161. Note 12.). Er ist aber, wie man heutzutage nicht mehr bezweifelt, gar nicht im Römischen Rechte begründet. Doch gesetzt, er wäre es, oder auch der Churfürst hätte hier einen jener anderen wirklich begründeten Fälle anerkannt, so würde dies doch für den zu beweisenden Punkt gar nichts beweisen. Es würde daraus nur folgen, daß hier insbesondere ein Fall bestätigt wäre, der in seiner gemeinrechtlichen Gültigkeit schon von vorn herein nicht zu bezweifeln ist, woraus nur folgt, daß, wie ich im vorigen §. bereits angegeben habe, alle die einzelnen Prätorischen Erweiterungen des testamentarischen Successionsrechtes bei uns in Geltung sind. Für die Antretungsform folgt daraus nichts.

Der beste Grund, der noch überhaupt für das Bestehen der Prätorischen Antretungsregeln vorgebracht worden ist,

---

3) s. darüber Gerber das wissenschaftl. Princip des Deutsch. R. S. 184. ff.

wird dann ebenfalls noch von Stryk hervorgehoben. Der Grund ist nämlich wenigstens an und für sich richtig, nur freilich paßt er gar nicht auf unsere Frage. Es ist dies der Satz, den ich schon oben erwähnt habe, daß alle die Regeln, welche nur Folgesätze eines anderen entschieden bei uns recipirten Rechtssatzes enthalten, ebenfalls als gültig anzunehmen sind, so lange sich nicht umgekehrt ein positiv entgegenstehendes Gewohnheitsrecht zeigt. Danach schließt nun Stryk: da es sicher sei, daß wir einzelne Klassen des Prätorischen Erbrechts recipirt haben, so folge es auch, daß wir das ganze Prätorische Erbsystem mit seinen Antretungsformen und Fristen zugleich mit anzuerkennen hätten [4]). Ich brauche wohl nicht weiter auszuführen, wie verkehrt diese Folgerung ist.

Zuletzt muß ich noch einen neuerdings vorgebrachten Beweisgrund [5]) erwähnen. Roßhirt sagt nämlich, man sollte glauben, man könne in keiner Weise auf einen längst verschwundenen Gegensatz zurückkommen, und in der That habe unsere Praxis keine Formen für die **petitio b. possessionis**. Dennoch müsse man anderer Meinung sein. Auch bei uns würden Erbschaftsangelegeheiten aus dem Standpunkte des öffentlichen Interesses vor den Gerichten behandelt, und Jedem stehe frei, ohne Proceß einen Antrag zur Beiwirkung des Gerichts zu machen. Die Fälle seien jetzt freilich selten, wo die **b. p. necessaria** sei, aber in der Richtung auf die **b. p. utilis** sei Alles beim Alten geblieben. Gesetzt auch — der Name wäre verschwunden, die Sache sei geblieben, und da im Ganzen die b. p. auf keiner Formalität beruhe, sondern jetzt bloß eine nähere Erklärung des Berechtigten sei,

4) Us. mod. Pand. lib. 37. tit. 1. §. 3. — Et tamen hodie dantur casus, ubi non aliter quam ex jure Praetorio succedi potest, et si hoc deficeret ipsa deficeret successio, unde necessario usum peculiarem seorsim habere debet, qui ipsam distinguat a civili successione, tum ratione acquisitionis quam praescriptionis. Aehnlich argumentirt Schilter aus der Reception des Justinianeischen Erbrechts im Allgemeinen. Exercit. 39. §. 4.

5) Roßhirt testamentar. Erbrecht II. S. 137.

so stehe von dieser Seite gewiß Nichts im Wege. Eine a dere Frage aber sei es, ob die Zeit eingehalten werden m und wie es mit den Präjudicien (?) stehe? — Es ist leich erkennen, welche Widersprüche hier friedlich nebeneinander stellt sind. Wenn Roßhirt bloß sagte, man könne in der h tigen Beiwirkung der Gerichte bei den Erbschaftsangelegen ten eine Aehnlichkeit mit der Röm. b. p. finden, so kön man ihm dies, ebenso wie dem Oldendorp, hingehen lass Aber er sagt mehr, er giebt zu, das heutige Recht kenne k Formen für die Prätorische Agnition, dennoch aber sei M für die b. p. utilis beim Alten geblieben, obgleich die B tung der Zeitfristen zweifelhaft wäre, und obgleich doch, w die Praxis die petitio der b. p. nicht mehr kennt, das wir lich bestehende Einwirken unserer Gerichte auf die Erbschafts angelegenheiten natürlich auch nur aus eigenthümlichen Bedürf nissen der Praxis, nicht aus der Anwendung des Römischen Rechtes hervorgegangen sein kann! Ueberhaupt aber ist diese b. p. utilis, wie ich vorher schon bemerkte, ganz etwas Be senloses, es kommt uns vorzüglich auf die s. g. b. p. necessaria an, für diese bringt indessen Roßhirt nur die nackte Be hauptung vor, ihre Fälle seien freilich nur selten! —

Dies sind die Gründe, deren man sich für das Bestehen der Prätorischen Antretungsregeln bedient hat. Ich muß aber noch hinzufügen, daß viele Vertheidiger dieser Ansicht, so ent schieden sie sie auch anfangs aussprechen, dann hinterdrein doch Concessionen machen, welche sie den Ansichten Oldendorps und des Siphanius gar nicht mehr so fern halten. Man sagte, ei gentlich freilich sei die declaratio volantatis judicialis nö thig, aber diese könne ex factis präsumirt werden, z. B. durch Anstellung der her. pet. poss., ferner durch Nachsuchung der investitura rerum immobilium, überhaupt durch jede Hand lung vor Gericht, welche den Willen des Erbewerdens invol vire, und sobald es nur in der bestimmten Frist geschehe, ag noscire man die b. p. [6]). Freilich blieb dadurch immer noch ein großer Unterschied von den entgegengesetzten Ansichten.

---

6) Stryk succ. ab int. Diss. IX. c. 2. §. 12. 13. Fries a. a. O. §. 27.

Auf die Gründe, welche von den Gegnern vorgebracht worden waren, namentlich auf die mit so klarem Scharfblick von Siphanius ausgesprochenen, ließ man sich nun aber gar nicht ein. Und in der That war das auch nicht möglich, da das, was Siphanius sagt, entschiedene unumstößliche Facta sind. Daß man ihre Bedeutung nicht gehörig anerkannte, und nicht ganz allgemein die Prätorische Antretungsform für unpractisch erklärte, liegt in dem Zeitgeiste der vergangenen Jahrhunderte. Das Römische Recht in seiner Anwendung bei uns hat leider weniger von seinen Feinden, als von seinen Freunden, die im Eifer über das rechte Ziel hinausrannten, zu leiden gehabt. Man verkannte die wahre Bedeutung des Römischen Rechtes für das Deutsche Rechtsleben, man war blind gegen das, was sich in diesem Rechtsleben von selbst gestaltete, hatte nur die Augen auf das Corpus juris gerichtet, und erklärte Alles darin Enthaltene, sobald nicht die Natur des Rechtsinstituts gar zu deutlich seine Unanwendbarkeit an den Tag legte, für practisch.

Durch solche irrthümliche Ansichten ist viel Schaden geschehen, aber die wahre Geltung des Römischen Rechts und seiner einzelnen Theile konnte dadurch, mogte sie auch vielfach verdunkelt sein, dennoch nie aufgehoben werden. Mag auch hie und da namentlich in einzelnen Urtheilen der Facultäten ein ganz unpractisches Institut für bestehend erklärt worden sein[6a]), ein oder ein paar Urtheile machen noch kein gemeines Recht, und der Mißbrauch, den man auch damit getrieben hat (s. z. B. §. 183. Note 8.), ist jetzt verschwunden. Rechtsinstitute, die in der That nicht ins Rechtsleben übergegangen sind, und nur in den Compendien und Rechtssprüchen irrender Juristen ein Scheinleben geführt haben, sind dadurch wahrlich nicht practisch geworden. Vieles derartige ist schon jetzt vollkommen in seiner Nichtigkeit erkannt, gar manche solcher Scheinwesen aber

---

6a) In der That führt Berger (Oecon. jur.) ein Urtheil der Wittenberger Facultät von 1692 an, worin die Fristen der b. p. als practisch anerkannt werden. Ich könnte das Urtheil eines Obergerichts namhaft machen, worin die Ansicht aufgestellt wird, mit der querela inoff. klage man den Pflichttheil ein. Wollte man jenem Wittenberger Urtheil Werth beilegen, warum nicht auf diesem letzteren?

finden sich auch noch heutzutage in unseren Compendien, und es ist unsere Pflicht, diese entschlafenen Institute, wenn wir ihnen begegnen, zur Ruhe zu bestatten. Es macht dem Siphanius wahrlich Ehre, daß er schon damals, als es noch an der Zeit war, daß die Wahrheit allenthalben Eingang fand, in den Erwerbsregeln des Prätorischen Erbrechts ein solches dem Rechtsleben fremdes Institut erkannte. Ich muß auf seine Gründe noch etwas genauer eingehen.

Siphanius (§.184. Note 3.) erkennt es ganz richtig, daß die Lehre vom Einsatz, zu der das Int. quor. bon. gehört, vollkommen von der b. p. zu scheiden ist. Wir werden dies im folgenden Kapitel genauer verfolgen. Dieser Einsatz ist noch ein vollkommen practisches Rechtsinstitut, dagegen die b. p. als eigenthümliches Erbrecht ist verschwunden, und wir haben nur noch die her. aditio. Er führt dafür (abgesehen von der Hinweisung auf das Griechische Recht, die uns hier nicht interessirt), drei Gründe an, die alle *gleich richtig sind*; wir wollen sie in die umgekehrte Ordnung stellen.

Es ist zuerst einleuchtend, daß man die Prätorische Antretungsform ohne allen Schaden entbehren kann, daß das Römische Recht hier eine unnütze Mehrzahl von Rechtsinstituten darbietet. Wir haben gesehen, daß man dies schon bei Abfassung Italienischer Statuten erkannt, und deßhalb lediglich die civilrechtliche Erbantretung recipirt hat. Und in Deutschland sollte man nicht auch fähig gewesen sein, dies zu erkennen?

In der That findet sich nun auch in den practischen Schriften der damaligen Juristen, den Consilien, von einer Anwendung der b. p. keine Spur. Diese Consiliensammlungen sind eine heutzutage gänzlich vernachlässigte Quelle, aus denen für die Reception des Römischen Rechts bedeutende Aufklärung zu schöpfen ist [7]). Hier in unserer Lehre freilich nur negativ, weßhalb ich denn auch keine einzelne Stellen von Schriftstellern citiren kann, aber das negative Resultat, auf das schon Siphanius hinweist, ist ebenso wichtig.

Der Hauptgrund ist endlich der, daß nicht bloß in den

7) Erst neuerdings hat mit Recht Savigny wieder darauf aufmerksam gemacht. System I. Vorrede S. XLVI.

Reichsgesetzen, sondern auch in den zahlreichen Stadt- und Landrechten Deutschlands, welche seit der Reception des Römischen Rechts verfaßt worden sind, von der Prätorischen Erbeintretung nicht der leiseste Anklang sich findet. Auch diese Quelle, woraus die Romanisten hätten schöpfen müssen, und die noch viel wichtiger ist, als jene Consilien, ist leider völlig vernachlässigt. Seit dem 16ten Jahrhundert hatte sich das Römische Recht neben dem Deutschen festgesetzt, aber es konnte nicht fehlen, daß zwischen den beiden Rechtstheilen mancherlei Collisionen eintraten, daß man über das Nebeneinanderbestehen derselben vielfach in Unklarheit gerieth. Um dem wo möglich abzuhelfen, wurden seitdem jene vielen „Reformationen" verfaßt, welche freilich sich keineswegs auf alle Theile des Privatrechts, aber doch auf die practisch am meisten hervortretenden, und darunter namentlich das Erbrecht, erstrecken. Diese Land- und Stadtrechte sind für das Studium des deutschen Rechtes, welches durch das Hinzutreten des Römischen wesentlich afficirt werden mußte, von größter Wichtigkeit [8]). Aber es leuchtet ein, daß sie gleich große Bedeutung für das Studium des Römischen Rechtes haben, wenn wir dessen heutige Geltung feststellen wollen. Ich will natürlich nicht sagen, daß nur dasjenige Röm. Recht recipirt sei, was sich in ihnen verzeichnet findet. Wenn dieser Schluß gerechtfertigt sein sollte, so hätten jene Rechtsbücher in der Absicht gemacht sein müssen, das ganze bestehende Recht zu sammeln, was gar nicht der Fall ist. Dagegen wenn sie einen bestimmten Rechtstheil, wie dies eben vom Erbrechte gilt, in sich aufnehmen, so sind sie denn auch die wichtigste Quelle, um zu sehen, wie man das Römische Rechtsinstitut in Deutschland behandelt hat. Man kann nicht einwenden, aus diesen Rechtsbüchern sei immer nur das Particularrecht des einzelnen Ortes oder Landes zu ersehen. Allerdings findet sich darin Vieles, was eben nur Particularrecht ist, aber wenn sich durch alle diese Rechtsbücher ganz unverändert gewisse gemeinsame Grundsätze hindurchziehen, so sind sie doch offenbar das beste Hülfsmittel, um die Existenz eines allen Theilen Deutsch-

8) s. darüber Gerber das wissenschaftl. Princip des Deutsch. R. S. 159—222.

finden sich auch noch heutzutage in unseren Compendien, und es ist unsere Pflicht, diese entschlafenen Institute, wenn wir ihnen begegnen, zur Ruhe zu bestatten. Es macht dem Giphanius wahrlich Ehre, daß er schon damals, als es noch nicht an der Zeit war, daß die Wahrheit allenthalben Eingang fand, in den Erwerbsregeln des Prätorischen Erbrechts ein solches dem Rechtsleben fremdes Institut erkannte. Ich muß auf seine Gründe noch etwas genauer eingehen.

Giphanius (§.184. Note 3.) erkennt es ganz richtig, daß die Lehre vom Einsatz, zu der das Int. quor. bon. gehört, vollkommen von der b. p. zu scheiden ist. Wir werden dies im folgenden Kapitel genauer verfolgen. Dieser Einsatz ist noch ein vollkommen practisches Rechtsinstitut, dagegen die b. p. als eigenthümliches Erbrecht ist verschwunden, und wir haben nur noch die her. aditio. Er führt dafür (abgesehen von der Hinweisung auf das Griechische Recht, die uns hier nicht interessirt), drei Gründe an, die alle gleich richtig sind; wir wollen sie in die umgekehrte Ordnung stellen.

Es ist zuerst einleuchtend, daß man die Prätorische Antretungsform ohne allen Schaden entbehren kann, daß das Römische Recht hier eine unnütze Mehrzahl von Rechtsinstituten darbietet. Wir haben gesehen, daß man dies schon bei Abfassung Italienischer Statuten erkannt, und deßhalb lediglich die civilrechtliche Erbantretung recipirt hat. Und in Deutschland sollte man nicht auch fähig gewesen sein, dies zu erkennen?

In der That findet sich nun auch in den practischen Schriften der damaligen Juristen, den Consilien, von einer Anwendung der b. p. keine Spur. Diese Consiliensammlungen sind eine heutzutage gänzlich vernachlässigte Quelle, aus denen für die Reception des Römischen Rechts bedeutende Aufklärung zu schöpfen ist [7]). Hier in unserer Lehre freilich nur negativ, weßhalb ich denn auch keine einzelne Stellen von Schriftstellern citiren kann, aber das negative Resultat, auf das schon Giphanius hinweist, ist ebenso wichtig.

Der Hauptgrund ist endlich der, daß nicht bloß in den

---

7) Erst neuerdings hat mit Recht Savigny wieder darauf aufmerksam gemacht. System I. Vorrede S. XLVI.

Reichsgesetzen, sondern auch in den zahlreichen Stadt- und Landrechten Deutschlands, welche seit der Reception des Römischen Rechts verfaßt worden sind, von der Prätorischen Erbeintretung nicht der leiseste Anklang sich findet. Auch diese Quelle, woraus die Romanisten hätten schöpfen müssen, und die noch viel wichtiger ist, als jene Consilien, ist leider völlig vernachlässigt. Seit dem 16ten Jahrhundert hatte sich das Römische Recht neben dem Deutschen festgesetzt, aber es konnte nicht fehlen, daß zwischen den beiden Rechtstheilen mancherlei Collisionen eintraten, daß man über das Nebeneinanderbestehen derselben vielfach in Unklarheit gerieth. Um dem wo möglich abzuhelfen, wurden seitdem jene vielen „Reformationen" verfaßt, welche freilich sich keineswegs auf alle Theile des Privatrechts, aber doch auf die practisch am meisten hervortretenden, und darunter namentlich das Erbrecht, erstrecken. Diese Land- und Stadtrechte sind für das Studium des deutschen Rechtes, welches durch das Hinzutreten des Römischen wesentlich afficirt werden mußte, von größter Wichtigkeit [8]). Aber es leuchtet ein, daß sie gleich große Bedeutung für das Studium des Römischen Rechtes haben, wenn wir dessen heutige Geltung feststellen wollen. Ich will natürlich nicht sagen, daß nur dasjenige Röm. Recht recipirt sei, was sich in ihnen verzeichnet findet. Wenn dieser Schluß gerechtfertigt sein sollte, so hätten jene Rechtsbücher in der Absicht gemacht sein müssen, das ganze bestehende Recht zu sammeln, was gar nicht der Fall ist. Dagegen wenn sie einen bestimmten Rechtstheil, wie dies eben vom Erbrechte gilt, in sich aufnehmen, so sind sie denn auch die wichtigste Quelle, um zu sehen, wie man das Römische Rechtsinstitut in Deutschland behandelt hat. Man kann nicht einwenden, aus diesen Rechtsbüchern sei immer nur das Particularrecht des einzelnen Ortes oder Landes zu ersehen. Allerdings findet sich darin Vieles, was eben nur Particularrecht ist, aber wenn sich durch alle diese Rechtsbücher ganz unverändert gewisse gemeinsame Grundsätze hindurchziehen, so sind sie doch offenbar das beste Hülfsmittel, um die Existenz eines allen Theilen Deutsch-

8) s. darüber Gerber das wissenschaftl. Princip des Deutsch. R. S. 159—222.

lands gemeinsamen Rechtsbewußtseins, eines gemeinen Deutschen Rechtes, zu constatiren. Sie sind in dieser Hinsicht wirklich oft von besserer Beweiskraft, als die Urtheile der Gelehrten, die, wenn sie von gemeinem Rechte reden, häufig nur die Observanz eines einzelnen Gerichtes, eines einzelnen Spruchcollegiums vor Augen haben.

In allen diesen Stadt- und Landrechten nun, so viele ich ihrer verglichen habe, ist von Prätorischen Antretungsformen und Fristen nie die Rede. Ein sicheres Zeichen, daß das Deutsche Rechtsleben sie nie anerkannt, und mit richtigem practischen Takte einen unnützen Complex von Rechtsregeln von sich abgewehrt hat. —

§. 186. Die Beweisführung über die Ungültigkeit der Prätorischen Antretungsregeln würde wesentlich unvollständig bleiben, wenn wir mit der bisherigen negativen Fassung uns begnügen wollten. Wir müssen weiter gehen, und die Frage auch von der positiven Seite fassen d. h. untersuchen, was denn in der That in den uns hier interessirenden Theilen des Erbrechts gemeines Recht geworden sei. Dies aber läßt sich nicht anders beantworten, als daß wir überhaupt näher ins Auge fassen, in welcher Weise die Grundbegriffe des Römischen Erbrechts in Deutschland recipirt worden sind. Hiezu gehe ich daher jetzt über.

Ich knüpfe dabei an bekannte Sätze an. Man wandte in Deutschland zuerst die Römischen Testamente an, und zwar anfänglich nur zur Anordnung von Vermächtnissen (Verschaffungen). Daraus entwickelte sich für die Regulirung der ganzen Erbschaft das Bedürfniß der Testamentsexecutoren. Mit dem sechzehnten Jahrhundert aber ging man den wichtigen Schritt weiter, daß auch der Grundbegriff des Römischen Erbrechts, die Universalsuccession, angenommen wurde. Darin lag, daß man die ganze Masse als Einheit auffaßte, namentlich nicht mehr das unbewegliche Gut vom übrigen Vermögen trennte, und die Schulden als auf der ganzen Activmasse lastend betrachtete. —

Zuerst und am leichtesten fand der Begriff der Universalsuccession und der Erbschaft als einer Einheit von activen und

passiven Vermögensstücken bei den Testamenten Eingang. Man nahm neben den Legaten auch die Erbeseinsetzung als wesentlichen oder wenigstens natürlichen und regelmäßigen Bestandtheil des Testaments an, so daß, wenn die Erbeseinsetzung fehlte, die Verfügung nur den Charakter eines Codicills behielt. Indeß wurde freilich von den Römischen Formalitäten der Testamentserrichtung, auch wo sie eine Erbeseinsetzung voraussetzte, sehr Vieles nachgelassen.

Mit dem Begriff des Erbeseins, worin die absolute Verpflichtung liegt, die Schulden auch über den Bestand der Masse hinaus zu bezahlen, war es nothwendig verknüpft, daß das Erbewerben in den freien Willen des Eingesetzten verstellt werden mußte. So folgte es von selbst, daß mit jenem Begriff auch der der Erbschaftsantretung, und die Trennung von Delation und Acquisition Eingang fand. Der Deutsche Satz des Uebergangs **ipso jure** mußte dagegen zurückweichen.

Für die Intestatsuccession war das Eindringen des Römischen Rechtes schwerer. Die Deutschen Rechtsansichten, welche wesentlich darauf beruhen, daß das Vermögen nach den verschiedenen Gründen, wie es vom Erblasser erworben war, oder nach den Zwecken seiner Benutzung, in verschiedene Klassen zerfalle, bewegliches und unbewegliches, Erbgut und wohlgewonnen Gut) widersprachen dem Römischen Begriff von der Einheit der **hereditas**. Diese deutschen Grundsätze lebten in gar vielen Punkten im allgemeinen Rechtsbewußtsein fort, weil sie in wohlbegründeten Sitten und Lebensverhältnissen ihre Stütze fanden. Am leichtesten drang noch der Römische Begriff der Cognation, und die Stufenfolge, in der die Blutsverwandten Anspruch auf das Vermögen des Verstorbenen machen könnten, ein [1]). Aber die Stellung, welche das Römische Recht dem überlebenden Ehegatten angewiesen hatte, behagte Deutschem Sinne nicht, und so finden wir denn hierin fast allenthalben vom R. R. abweichende angemessenere Rechtsregeln, die meistens mit der Gütergemeinschaft zusammenhängen. Ferner sagten auch die Römischen Regeln über das Verhältniß der testamentarischen

---

1) Dies findet sich deßhalb schon in vielen Landrechten, welche die Testamente mit der Römischen Erbeinsetzung noch nicht kennen.

zur Intestatsuccession, und die Befugnisse des Erblassers durch sein Testament die Intestaterben auszuschließen, keineswegs im Deutschen Wesen vollkommen zu. Man nahm in die Stadt- und Landrechte nur das materielle, nicht das formelle Notherbenrecht, d. h. den Anspruch der De- und Ascendenten auf die legitima auf; anderntheils aber waren in dieser Hinsicht die Deutschen Ansichten von gewissen Complexen der Vermögensstücke, an welchen die nächsten Erben ein durch das Testament nicht zu schmälerndes Anrecht hätten, an vielen Orten lebendig geblieben. Dahin gehören namentlich die Erbgüter, und das Heergewette. Freilich waren alle diese eigenthümlichen Deutschen Rechtsansichten nicht geeignet, um den Römischen Begriff des Erbewerbens mit seinen Folgerungen auch als juristische Grundlage der Intestatsuccession lange fern zu halten. Er empfahl sich, obgleich er keineswegs eine in der Natur der Sache liegende Nothwendigkeit ist, doch sehr durch seine practische Brauchbarkeit, und die Einfachheit der Grundsätze, welche dadurch für das ganze Erbrecht maaßgebend werden. Und von der anderen Seite war er auch gar nicht so exclusiv, daß er nicht auch für Deutsche Rechtselemente die juristische Basis hätte werden, oder wenigstens diese ohne Inconsequenzen neben sich bestehen lassen können. So ist es gekommen, daß das Römische Erbesein, die Erbantretung (hered. aditio), und die daraus folgende Verpflichtung zur gesammten Schuldenzahlung gemeines Deutsches Recht auch für die Intestatsuccession geworden sind, daß aber mancherlei Deutschrechtliche Erbbefugnisse, die nun theils als Universal- theils als Singularsuccessionen sich gestalten, vor oder neben den Römischen Erbklassen sich an vielen Orten erhalten haben. Ein Ueberrest aber davon, daß der Römische Begriff des Erbeseins und der Erbantretung zuerst bei den Testamenten Eingang fand, ist noch darin zu erkennen, daß in manchen Stadt- und Landrechten das, was über die Antretung gesagt wird, den Worten nach nur von der testamentarischen Succession gilt, während es dann doch von der Intestatsuccession (von welcher immer erst hinterdrein die Rede ist) offenbar gar nicht ausgeschlossen sein soll. —

Nach diesen Vorbemerkungen halte ich es für das Geeignetste, dem Leser in kurzem Auszuge eine Reihe von Stadt-

und Landrechten des sechzehnten bis achtzehnten Jahrhunderts vorzuführen, wodurch einestheils das eben Gesagte bestätigt, anderntheils wohl ohne weitere Beweisführung einem Jeden die Gewißheit sich aufdrängen wird, daß eine durchaus bewußte, auf gesundem practischen Sinn ruhende Rechtsüberzeugung die Prätorischen Antretungsformen und Fristen völlig verbannt hat, obgleich man allgemein der Ansicht war, daß im Justinianeischen Corp. jur. dieselben noch anerkannt seien.

§. 187. Indem ich jetzt darstellen will, in welcher Weise der Römische Begriff der Universalsuccession in Deutschland recipirt worden ist, ferner welche Erbklassen und welche Antretungsregeln man als gemeinrechtliche anerkannt hat, gehe ich, wie schon bemerkt, von dem unzweifelhaften Satze aus, daß es im Anfange des 16ten Jahrhunderts bereits Testamente gab, worin man Vermächtnisse anordnen konnte. Wie diese Testamente mit den Deutschrechtlichen Vergabungen auf den Todesfall zusammenhängen, und ob sie dem Römischen Rechte entlehnt seien oder nicht, habe ich hier nicht zu untersuchen [1]). Nur muß ich noch einige Beschränkungen, denen sie unterworfen waren, hervorheben, indem diese auch in der Folge hie und da bestehen blieben. Einestheils war es nämlich vielfach nur erlaubt, eine bestimmte Quote des Vermögens in solchen Testamenten zu vergeben [2]). Anderntheils aber war es eine sehr verbreitete Regel, daß man nur über wohlgewonnen Gut testiren könne, also die Erbgüter davon ganz unafficirt blieben [3]).

1) s. darüber Albrechts Gewere S. 204. ff. Beseler Erbverträge I. §. 14. Albrecht in Richter u. Schneiders Krit. Jahrb. 1842. S. 326. ff.

2) Z. B. konnte nach Danziger Recht über den vierten Theil verfügt werden. (Rechte od. Willkühr der Stadt Danzig 1732. II. 5. Art. 2.). Andere derartige Beispiele s. bei Heineccius de testamentifact. jure Germ. arctiss. limit. circumscripta §. 22. (Opuscula p. 953.).

3) s. z. Jülich-Bergisches Landrecht c. 69. (in Maurenbrecher Rheinpreuß. Landrecht I. S. 218). Hadeler Landrecht III. 8. (Puffendorf. obs. app. I. p. 39.). Kedinger L. R. Tit. 14. 20. (Puff. app. I. p. 151. 155.). Amt Hagen ad sec. Art. (Puff. app. III. p. 6. 14. 20. 26.). Göttinger Stat. (Puff. app. III. p. 190). Bremisches Ritterrecht. (Puff. app. IV. p. 33.) Alteland (Puff. app. IV. p. 42). Braunschweiger Stadtrecht.

Wir gehen nun aber zu den Stadt- und Landrechten über, in denen sich der Römische Begriff der Universalsuccession, und namentlich bei Testamenten die Erbeseinsetzung, recipirt findet.

1. Scheinbar gehört hieher schon die Revision des Lübischen Stadtrechts v. 1586. Es ist aber in der That nicht der Fall. Das Röm. Recht ist hier gar nicht eingedrungen. Die Intestatsuccession erscheint ganz eigenthümlich, und wenn auch bei Testamenten, die sich auf wohlgewonnen Gut beziehen (II. 1. Art. 2.), von der Erbeinsetzung als einem nothwendigen Erforderniß die Rede ist (II. 1. Art. 12.), so bedeutet dies doch die Bedenkung des nächsten Erben, nicht den Römischen Rechtsbegriff. Abgesehen hievon ist auch nur von Legaten die Rede.

2. Anders verhält sich es mit dem Rostocker Stadtrecht v. 1757., obgleich dasselbe meist wortgetreu das Lübische Recht in sich aufgenommen hat. Hier findet sich ganz der Römische Begriff der Erbeinsetzung und Enterbung, im Gegensatz zu den Legaten, die Codicillarklausel soll immer subintelligirt werden, das Römische Pflichttheilsrecht hat vollen Eingang gefunden. Jener Artikel des Lübischen Rechts, der von der Erbeinsetzung handelt, ist so umgestaltet, daß er nun in der That von der Römischen heredis institutio spricht. (II. 1. Art. 21. 23. 24. 26. 28.). — Ab intestato wird für das Recht der Ehegatten in Folge der G. G. viel Deutsches Recht anerkannt, im Uebrigen aber ist die Succession der Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandten mit wenigen Aenderungen die der Nov. 118. (II. 2. Art. 20, 40—51). Außerdem heißt es: (II. 2. Art. 1.). „Stirbet ein Ehegatte und hinterläßt derselbe keine Blutsfreunde, so soll der überlebende die ganze Erbschaft haben.“ (b. p. unde vir et uxor). Zuletzt, wenn kein Erbe sich in Jahr und Tag meldet (Lübisches Recht), verfällt sie der Stadt. (Art. 52.). — Der Begriff der U. S., die Verpflichtung zur vollen Schuldenzahlung pro rata unter mehren Erben, ferner die Erbantretung durch einfache Willenserklärung, mit dem benef. inventarii und dem

---

1532. (worin das Röm. Intestaterbrecht schon sehr vollständig ist.) Tit. v. Giften u. Testamenten. (Puff. app. IV. p. 117).

spatium deliberandi (was aber in drei Monate eingeschränkt ist) sind ganz aus dem Römischen Rechte (cod. Art. 56. 57. 59).

3. Gehen wir gleich zum Sächsischen Rechte über, wo besonders in den Constitutionen Augusts von Sachsen 1572. das Röm. Recht in seinem Gegensatz zum Deutschen zuerst genauer regulirt wurde. Die Uebergaben des Vermögens auf den Todesfall (donationes omn. bon. causa mortis genannt) werden anerkannt, wenn sie gerichtlich sind (III. Const. 1.). Das Recht, daß der Erbe, „so ab intestato succedirt," davon ein Viertel abzöge (welches „die Wohlthat ex lege Falcidia" heißt), findet keine Billigung. Hat sich aber (Const. 2.) der donator ein Reservat gemacht, so soll dies den Blutsfreunden zufallen. Die Testamente des R. R. mit Erbeseinsetzung werden vollkommen anerkannt, ja es ist sogar von einem Testamente, das saltem jure Praetorio gelte (s. oben §. 185. zu Note 3.), die Rede (bis Const. 13.). — Ab intestato werden in Gemäßheit des gem. Rechtes beide Eltern zusammengerufen (Const. 17.), und die Succession der Geschwister und Geschwisterkinder stimmt (mit einigen wahren und vermeintlichen Ausnahmen) ebenfalls mit dem Röm. R. überein (Const. 14. 18.). Die Frau erhält nach des Mannes Tode, wenn Kinder da sind, mag sie reich oder arm sein, $1/4$, wenn keine Kinder da sind, $1/3$, in beiden Fällen aber erst nach Bezahlung der Schulden (diese erscheinen also schon als auf der ganzen Erbschaft liegend). Auch muß die Frau dann ihr ganzes Gut und Gerade conferiren, doch kann sie wählen, ob sie statt jener Quoten ihr Gut herausziehen will (Const. 20.). Der Mann erhält betagtes Erbegeld, ferner Fahrniß und Gerade der Frau (Const. 21.). Von der b. p. unde vir et uxor ist nicht die Rede [4]), und in Ermangelung der Erben fällt das Gut an die Ortsobrigkeit (Const. 38.).

---

4) Ueber das neuere Recht, wonach der Ehegatte sogar schon beim Vorhandensein entfernter Verwandten das Ganze erhält, s. Haubold Sächs. Privatrecht. §. 331. b. Wie weit überhaupt in Sachsen die Römischen Grundsätze über Vornahme und Folgen der Erbantretung recipirt sind, s. ebendaselbst §. 346. ff. Jedenfalls sind immer nur Grundsätze der her. ad. anerkannt, von b. p. agnitio ist trotz jenes testamentum ex jure praetorio gar keine Spur.

4. Von großem Interesse für die Reception des R. R. sind die Hamburger Statuten v. 1603, als ein Beweis wie unorganisch man es oft mit fortlebenden Deutschen Instituten zusammenstellte. Es wird eine eigene Testamentsform angegeben, aber Jedem (wie in Nürnberg, Basel und vielerwärts auch freigelassen, nach Röm. Recht zu testiren (III. 1. Tit. 2. u. 3.). Eine Erbeinsetzung ist nicht erforderlich (Art. 22.), dagegen findet das Röm. Pflichttheilsrecht für Desc., Asc. und Geschwister (Letztere fehlen in den meisten Rechtsbüchern) volle Anerkennung (Art. 23. 34 ff.). Trotz jenes Art. 22 wird aber doch die Römische Erbeinsetzung und Substitution im Allgemeinen als regelmäßiger Inhalt des Testaments vorausgesetzt, ebenso wie auch der Röm. Begriff von Erbantretung (Art. 35.). Es hat also diese Unnöthigkeit der Institution hier eine ganz andere Bedeutung, als wenn wir sagen, daß sie dem Lübischen und den in Note 3. citirten Rechten unbekannt sei, indem nämlich die Röm. Begriffe schon ganz recipirt sind, nur mit Ausnahme des einen Satzes, daß durch den Mangel der Institution das Testament vernichtet werde. Vielmehr gilt es nun als Codicill. — So ist denn auch die Römische Legatenlehre (Tit. 2.) und überhaupt der volle Begriff des Erbeseins angenommen, namentlich mit der Folge, daß nach Antretung der Erbschaft („so er sich einmahl der Erbschaft unterziehet") die Verpflichtung zur Schulden- („alle des verstorbenen Schulde") und Legatenzahlung eintritt, wogegen man sich nur durch das benef. inventarii schützen könne (Tit. 7.).

Bis hieher finden wir also volle Reception der Römischen Begriffe, aber schlecht paßt dazu das III. 1. Art. 4—14. anerkannte Recht der nächsten Erben auf das Erbgut, wobei im Art. 4. noch ganz wie in den Rechten der Note 3. nur vom Testament über das wohlgewonnene Gut die Rede ist, welches man nach Abzug der Schulden beliebig vergeben könne. Hier findet sich also durchaus die Deutsche Rechtsanschauung, daß es eine Singularsuccession deducto aere alieno begründe, wobei eigentlich nur der Ueberschuß als vermacht erscheint, und also von einer Haftung für die Schulden über die activa hinaus gar nicht die Rede sein kann.

Wenn man nun übrigens irgend einen Zusammenbestehen dieser heterogenen Elemente durchführen will, so darf man nicht, lediglich auf diesen Art. 4. gestützt, sagen, die Hamburger Reformation kenne die Röm. U. S. noch nicht [5]), sondern da der Art. 4. auch so interpretirt werden kann, daß er den an anderen Stellen entschieden aufgenommenen Röm. Principien nicht widerspricht, so müssen wir umgekehrt sagen, der Begriff der U. S. bilde bereits die juristische Grundlage der Testamentenlehre, und trete vollkommen ein, wenn der Erblasser kein Erbgut hat; wogegen, wenn dies vorhanden ist, die nächsten Erben ihr gesetzliches Recht darauf als eine aus der U. S., wie ein Vermächtniß, abzutrennende Singularsuccession geltend machen. Aber auch dies kann durch die Einwilligung der nächsten Erben wegfallen. Daß die Erbgüter von bedeutendem Werth sein können, darauf kommt natürlich nichts an.

Ab intestato (Tit. 3.) fallen bei beerbter Ehe die Güter auf den Ueberlebenden und die Kinder. Bei unbeerbter Ehe hat der Ueberl. ein Jahr lang Wohnung und Unterhalt nebst dem Gesinde aus den Gütern, erhält aber von der Substanz nichts [6]), vielmehr fällt das Vermögen in Ermangelung von Kindern gleich auf die Eltern, dann vollb. Geschwister und Geschwisterkinder, darauf Großeltern und Halbgeschwister, zuletzt die übrigen Seitenverwandten.

5. Lüneburgsche reformirte Statute 1722. Die Erbeseinsetzung sowie die Berücksichtigung des Röm. Pflichttheilsrechts werden als wesentliche Erforderniße des Testaments hervorgehoben (IV. Tit. 2. Tit. 3. pr.). Daneben (Tit. 8.) bestehen Uebergaben auf den Todesfall vor 2. Rathmannen oder ausnahmsweise 2. Zeugen und Notar. Das Reservatum fällt ebenso wie im Sächsischen Recht den nächsten Blutsfreunden zu. **Ab intest.** bei Desc., Asc. und Seitenverwandten fast ganz Röm. Recht, nur gehen die Eltern wie in Hamburg den Geschwistern vor (V. Tit. 1—4.). Die Succession der Ehegatten mit und ohne Kinder ist eigenthümlich Deutsches Recht (VI. Theil). Von Erbantretung ist gar nicht die Rede.

b. Cellesches Stadtrecht (Erste Ausgabe von Bil-

5) Gerber das wissenschaftl. Princip. S. 208.

6) Er theilt nicht, wie Gerber a. a. O. meint, mit den Blutsfreunden.

derbeck. 1712.). Tit. 10. Ein Testament ohne Erbeinsetzung ist ungültig. Den De- und Ascendenten soll ganz nach gemeinem Recht die legitima hinterlassen werden. Tit. 11. Die Erbnahme ist nach Inhalt und Ausweisung des Testaments zu halten. Die Güter sollen verschlossen werden, und nach dem Begräbniß hat der Erbe beim Bürgermeister auf Errichtung eines Inventars anzutragen. Ab int. ganz die Regeln der Nov. 118. (bei den Descendenten die Bestimmung, die sich auch anderwärts findet, daß der jüngste Sohn das Haus erhält). Tit. 12—15.

Die Frau bekommt (Tit. 16.) beim Tode des Mannes ihr zugebrachtes und angefallen Gut, so wie die Gerade, kann aber auch mit ihren eigenen Kindern in den Gütern sitzen bleiben. Ist die Ehe kinderlos, so erhält der überlebende Ehegatte das ganze Vermögen 7), und es werden für ihn die poenae secund. nupt. in beschränkter Weise aus d. R. R. anerkannt. — Neben der U. S. besteht hier auch noch das Recht des von der Schwerdtseite Verwandten auf das Heergewette, was hier also, ebenso wie nach Hamburger Recht die Erbgüter, als eine neben der U. S. geltende gesetzliche Singularsuccession erscheint (Tit. 18.). Daß man den Begriff der U. S. vollkommen anerkannte, erhellt aus folgenden Worten des Tit. 19. „Wer Erbe nimmt (d. h. die Erbschaft antritt), muß auch die Schuld bezahlen und die Beschwerungen tragen. Von Uebergaben, Legaten und Geschäften dagegen ist man nicht pflichtig Schulden zu bezahlen, es sei denn, daß ohne die die Schuld nicht mag bezahlet, und den Erben ihre legitima und gebührlicher Antheil werden.“

7. Es ist von Interesse mit dem Bisherigen den Rechts-

---

7) Ich weiß nicht, ob dies Deutsches Recht ist, oder eine eigenthümliche Ausdehnung der b. p. vir et uxor? (s. unten Aehnliches im Böhmischen Recht, wonach aber ein wahrer Universalerbvertrag geschlossen sein muß). Man könnte vielleicht sagen, daß das Erbrecht des Ehegatten sich im Celleschen Recht auf die Präsumtion eines Erbvertrages stütze, welcher früher so wie im Böhmischen R. ausdrücklich errichtet werden mußte, und dessen Wirkung man dann allgemein annahm, auch wenn er im einzelnen Fall unterblieben war. Dadurch wäre denn eine Erklärung des Rechtssatzes aus dem R. R. ausgeschlossen.

stand von Liv- und Esthland zu vergleichen, welcher ganz nserm gemeinen Rechte entspricht. Durch das Werk v. Bunge's haben wir davon sichere Kunde. Ueber das Erbrecht der Blutsverwandten s. v. Bunge, II. Thl. §. 364 ff. Hinter iesen wird auch hier der Ehegatte auf das ganze Vermögen erufen (d. h. p. unde vir et uxor) §. 363. Note f. und arauf die Corporationen und der Fiskus §. 374. 75. — Der Begriff der Römischen U. S. ist durchaus dem Erbrechte zum Grunde gelegt, aber auch hier besteht daneben, wie im Hamburger und Celler Stadtrecht, das Recht der nächsten Erben auf die Erbgüter, und des ältesten Sohnes etc. auf das Heergewette §. 370. 373. — Die Erbantretung ist allgemein die ier. ad., aus der auch ganz die Röm. Folge der vollen Schuldenzahlung hervorgeht. v. Bunge stellt es (§. 401. 402.) für Livland scheinbar anders dar. Es gilt aber im Grunde dort nichts, als ein etwas modificirtes benef. inventarii, indem nur unter dieser Voraussetzung der Erbe lediglich bis zum Bestande der Masse die Schulden zu zahlen hat. Das Recht der Prätorischen Agnition ist entschieden unpractisch §. 100. Note b.

8. Kehren wir nun nach Deutschland zurück. Das Böhmische Recht 1592. [8]) enthält, freilich mit mancherlei Verkehrtheiten, ganz die Römischen Rechtsbegriffe der Universalsucc. und der Schuldenzahlung [9]) (c. 25. F. 17—19.). Die Suc-

8) „Das Behmisch Recht. Wie dasselbe in des Königreichs Beheim neuen Stadt Prag in üblichem Brauch gehalten wird. Leipzig bei Henning Grossen. 1607." — Laut der Vorrede scheint es überhaupt das Stadtrecht von Böhmen, nicht bloß von Prag, zu sein.

9) der Art. 19. ist interessant auch in Beziehung auf die Erbverträge. Er lautet: „Alle und jede Erbschaften entspringen und kommen her entweder von Stammen nach der Freundschaft durch derselben Absterben, oder durch ordentlich Testament, oder durch freiwillige übergegebene Verschreibung unnd Abtretung der Güter. Der Erbe soll gleichfalls so vollkömliche macht und gewalt haben in allem als sein Vorfahrer gehabt. Der Erbe soll seines verstorbenen Vorfahren Schulden zahlen, denn die Gläubiger sind die ersten und fürnembsten Erben in des Schuldners Güter. Die Inhaber der Güter sind so wohl als die Erben zur zahlung der Schulden verbunden." Dieser letztere Satz, der im folgenden Artikel noch weiter erklärt wird, scheint sich nur auf die Schulden zu beziehen „die auf dem Gute versichert sein." — Rücksichtlich des Erbvertrages sieht man aus den Worten Verschreibung

cession ab int. ist ganz dem R. R. gemäß, indeß werden die Cognaten nur bis zum 10. Grade gerufen (s. oben §. [illegible] Note 9.), in deren Ermangelung die Erbschaft, wenn auch kein Testament gemacht ist „zugeht und verlischt“ (c. 24. F. 15.). Der Ehemann soll beim Tode des Weibes das Gut „vor den Kindern innehalten und regieren“ (c. 17. C. 57.); die Frau theilt beim Tode des Mannes mit den Kindern zu gleichen Theilen, in deren Ermangelung bekommt sie das ganze Gut (c. 17. C. 61.), sobald sich überhaupt die Ehegatten ihr ganzes gegenwärtiges und künftiges Gut „zu erblichen Besitz und Regierung“ gegenseitig aufgegeben haben (Erbvertrag).

Die Erbschaftsantretung ist ganz die der. ad.: „wenn er in die possession des Gutes eingeht.“ Alsdann muß der testamentarische Erbe (von diesem ist hier nur die Rede, aber es soll gewiß auch bei den Erben aus Blutsfreundschaft und Erbvertrag nicht anders sein) die Schulden zahlen, wenn er nicht ein Inventar macht, zu dessen Errichtung er sich in 6 Wochen bereit erklären muß (c. 22. E. 27.). Zur Gültigkeit des Testaments gehört, daß ein Erbe ernannt sei, Erbe ist aber der, welchem „ein mehrer Theil eines Guts“ hinterlassen wird! (c. 22. D. 33.)

9. Nürnberger Reformation. 1564. Auch hier finden wir ganz die Grundlage der Röm. Begriffe. Der Erbe hat für die Antretung eine Deliberationsfrist (welche in 3 Monate eingeschlossen ist), und vor den bösen Folgen der Antretung kann er sich nur durch das Inventar schützen. Tit. 29. Ges. 16. Tit. 38. Ges. 1. In dieser letzteren Stelle wird denn auch gesagt, daß aus der Errichtung des Inventars das Recht auf die Quarta Falcidia folgt, was zu der Aufhebung derselben in Tit. 29. Ges. 10. gar nicht paßt. — Der Begriff des Erbeseins ist vollkommen anerkannt, die Legatare sollen sich an ihn halten (Tit. 31. Ges. 1.). Vorher sind die

---

und Abtretung der Güter, daß hier das alte Moment der Vergabungen, die Ueberlassung der Gewere, auch beim Erbeinsetzungsvertrage festgehalten wird, wie auch das im Texte angeführte Beispiel des gegenseitigen Erbvertrages unter Ehegatten sehr deutlich zeigt. Dies spricht für Albrechts Ansicht. (s. Note 1.).

Schulden zu bezahlen (Tit. 31. Ges. 2.). Indessen ist die Erbeinsetzung kein wesentliches Erforderniß für Gültigkeit des Testaments, was ebenso wie im Hamburger Recht zu erklären ist. Dagegen findet sich das Römische Pflichttheilsrecht anerkannt (Tit. 29. Ges. 9.). Ab int. enthält Tit. 33. über die Erbschaft der Ehegatten Deutsches Recht. Im Uebrigen sind die Klassen der Novelle 118. angenommen (Tit. 34. 35.).

Die Nürnberger Reformation ist aber deßhalb von besonderem Interesse, weil sie in einem eigenen Titel (37.) die Lehre vom gerichtlichen Einsatz enthält. Es ist dies für unser folgendes Kapitel von Wichtigkeit. Der eingesetzte Erbe hat das nächste Recht auf den Einsatz (Ges. 1.) „ungeacht obgleich dasselbig Testament oder letzter Wille gestritten oder disputirt wurde." Ges. 2: Wenn kein Testament da ist, oder die eingesetzten Erben den Einsatz nicht erlangt haben, so werden „die nächsten Freunde zu gleichem Geprauch und Genieß der verlassenen Güter auf ihr Begehren eingesetzt"; wobei der Nächste dem weiteren vorgeht [10]). In beiden Fällen sollen aber die Erben die Erbschaft unverzüglich annehmen, sonst werden die Gläubiger zugelassen, sich zu den Gütern zu thun. Hat nun Jemand Einreden gegen den Einsatz, so soll er sie in 8 Tagen vorbringen, wo nicht, so wird der Gegner gegen Caution eingesetzt, oder (offenbar wenn keine Caution geleistet wird) die Güter sollen in Verwahrung genommen, und zum förderlichsten erkannt werden, „welcher under ihnen oder ob sie beed, oder jeder zu seinen Rechten eingesetzt werden soll." — „So aber (Ges. 1.) der Inhaber der Güter sich deß aus ansehnlichen Ursachen weigern wurde, steht einem Rath bevor auf ansuchen und verhör der Parteien mit oder außerhalb der gerichtlicher Ordnung die Gepür zu verschaffen, unvergriffentlich ains jeden Gerechtigkeit des Aigenthumbs und derselben ordentliche Ausführung halben" [11]). — Wenn dann

10) v. Weber (Darstellung der Provinzialrechte Baierns II. S. 870) sagt nach dieser Stelle, das Rem. ex l. ult. C. de ed. div. H. toll. stehe also auch den Intestaterben zu. Es ist aber offenbar die Verbindung der missio Hadriana und des Int. quor. bon. zu einem einzigen Institut.

11) Man kann hier die Uebersetzung aus dem R. R. „sin autem ali-

hinterdrein dem Eingesetzten (Ges. 3.) durch Proceß (offenbar die her. pet.) die Güter aberkannt werden, so muß der mal. fid. possessor alle Nutzung ersetzen, der pro her. possessor aber erst von der litiscont. an.

10. In der Frankfurter Reformation ist in Bezug auf die Erbschaftsantretung nur von der Inventars- und Deliberationsfrist die Rede, welche Letztere auf 2 Monate für abwesende Berufene beschränkt ist (VI. 1. §. 1. 2.). Man kennt dort, ebenso wie in Nürnberg, die Lehre vom Einsitz, denn in den Anmerkungen zur Reformation (dritte Fortsetzung S. 5. der Ausgabe von 1751.) wird ein Fall angeführt, wo nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes, der Kläger mit dem Int. quor. bon. siegt, und ausdrücklich anerkannt wird, daß der Anstellung desselben nur die 30 jährige Verjährung entgegenstehe, da der Berufene nicht von den Gläubigern zur Erbittung eines spatium deliberandi aufgefordert sei. Von den Fristen der b. p. ist dagegen gar nicht die Rede.

11. Statuten von Worms 1534. Im Testament soll ein Erbe eingesetzt sein (IV. 3. Tit. 1.). Ein testamentarischer Erbe soll in 4 Monaten (Auswärtige in 1 Jahr) erklären, ob er Erbe werden will; dann hat er alle Schulden zu zahlen, wenn er dagegen ein Inventar macht, so haftet er Gläubigern und Legataren soweit die Erbschaft reicht (eod. Tit. 10.). Ab int. bestehen für die Blutsverwandten ganz die Klassen der Novelle (IV. 4. Tit. 1.). Der Ehegatte erhält die Errungenschaft, und kann auch in den Gütern sitzen bleiben.

12. Gericht- und Landordnung von Solms und Minzenberg 1571. (von Fichard). Die bisherige Gewohnheit, daß Uebergaben auf den Todesfall »nur ungehabt und ungestabt underm Himmel oder für Gericht« geschehen könnten, wird aufgehoben, und das Römische Testament, als das Bequemere (mit freieren Formen), an die Stelle gesetzt. (Tit. 23.). Die Erbeinsetzung der De- und Ascendenten, so

---

quis contradictor exstiterit“ und „secunda actione proprietatis non exclusa“ gar nicht verkennen.

wie überhaupt die Erbeinsetzung werden für nothwendige Theile des Testaments erklärt. — Die Intestatklassen der Verwandtschaft (Tit. 24. ff.) sind ganz aus dem Römischen Rechte geschöpft. Daß hinter den Verwandten der überlebende Ehegatte das ganze Vermögen erhalte, wird ebenfalls aus dem R. R. anerkannt, aber, da dies selten vorkomme, nicht für genügend erachtet, weßhalb denn zu seiner besseren Berechtigung Deutschrechtliche Sätze daneben stehen. (Tit. 28.). Die Anerkennung des Römischen Erbschaftsbegriffes auch ab intestato sieht man schon aus Tit. 25.: „so erben dieselben Kindern alle väterliche und mütterliche Erbgüter, leygend und fahrend, nichts ausgenommen."

13. Churfürstlich Pfälzisches Landrecht. 1606. (erneuert 1657 u. 1698). Dies enthält eine besonders vollständige Annahme des R. R. — Die Erbeinsetzung ist bei Testamenten nothwendig (II. 9.), und es wird überhaupt sehr ausführlich die Röm. Testamentenlehre dargestellt. In Tit. 17. findet sich bei Gelegenheit der Erbschaftsantretung die volle Anerkennung des Begriffs der U. S., und der Römischen Regeln von der her. ad., dem spat. deliber. und dem benef. invent. — Ab int. ganz die Klassen der Nov. 118., hinterdrein das Erbrecht des überlebenden Ehegatten in Vorzug vor dem Fiskus, fast ganz mit den Worten des Solmsischen Rechts (III. 11.)[12]). Daher werden auch hier, da sich dies Erbrecht des Ehegatten selten zutrage, demselben noch Deutschrechtliche Erbbefugnisse zugestanden.

14. Nassau Katzenellenbogische Landordnung 1616. — Die Nothwendigkeit der Erbeinsetzung bei Testamenten (III. 4. Art. 2.), ferner das Römische materielle Notherbrecht, und die civilen Regeln der Erbantretung (Cap. 11.) werden anerkannt. Um sich vor den nachtheiligen Folgen der letzteren zu schützen, habe das gemeine Recht zwei Wege, das jus deliberandi und das benef. inventarii. Beide sind hier beibehalten. — Ab intestato finden sich die Klassen der Nov. 118. (IV. 1.—5.), und von den Ehegatten heißt es sodann (Cap. 6.),

---

12) „Alsdann erst haben die gemeine beschriebene Recht dem überlebenden Ehegemahl, Manns oder Frawen Person, deß verstorbenen Ehegemächts Verlassenschaft zu erben zugelassen, und dem Fisco vorgezogen, bei welcher Verordnung wir es lassen bewenden."

die Verordnung gemeiner Kaiserlicher Rechten, daß Ehegatten einander erben mögen, wenn „das abgestorbene Ehegemahl kine Blutsverwandten (b. p. unde vir et uxor), oder das lebende sonsten von großer Armuth wegen nichts zu leben hätte (portio conjugis inopis), — sei hier zu Lande nie angewandt worden, und daher solle es bei dem uralten Gebrauch sein Bewenden haben, daß der Ueberlebende, gegen Bezahlung aller Schulden, die Fahrniß und die Hälfte der Errungenschaft, an der anderen Hälfte dagegen so wie an allen übrigen Gütern den Nießbrauch erhält.

15. Landrecht des Erzstifts Trier. 1668. erneuert 1753. Hierin ist am meisten von allen Landrechten die äußere Ausdrucksweise dem Römischen Rechte, oder vielmehr den Romanisten entlehnt. — Die Erbeinsetzung im Testamente wird nicht für nöthig erklärt. (Tit. 1. §. 26.). Ab int. sind zuerst die Klassen der Nov. anerkannt, und hinterdrein heißt es auch hier von den Ehegatten, deren gemeinrechtliche Erbbefugnisse (b. p. unde vir et uxor, und portio conj. inop.) seien hier nicht gebräuchlich, sondern es gelten dieselben Gewohnheiten wie in Nassau, welche nur im Einzelnen noch umgestaltet werden. (Tit. 6.). Die Römische Antretung mit ihren Folgen gilt vollständig, indeß ist sie allgemein in eine dreimonatliche Frist eingeschränkt. Um sich vor Schaden zu schützen, müsse man ein Inventar machen.

16. Churf. Mainzisches Landrecht. 1755. Sehr vollständige Aufnahme des Röm. Rechts in der Testamentenlehre (Tit. 8. ff.), wobei auch gelegentlich das testamentum ruptum, welches durch Prätorisches Recht aufrecht erhalten wurde, erwähnt wird [13]). Ab intestato wird hinter den Klassen der Nov. 118. das Erbrecht des überlebenden Ehegatten anerkannt [14]). Das Notherbenrecht ist das Röm. Pflichttheils-

---

13) Tit. 13. §. 9. „Stürbe aber ein nach gemachtem Testamente gebohrenes Kind annoch bei Leben seiner Eltern, so bleibt ein solches vor der Geburt sothanen Kindes gemachtes Testament dennoch bei seinen Kräften.“ Von der Agnition der b. p. welche bei einem solchen Testament noch nöthig wäre, ist gar nicht die Rede.

14) Tit. 14. § 10. „Verlasset aber der Verstorbene keine Erben — aus der Zwerch-Linie bis zum zehenden Grad, (ebenso wie im Böh-

recht (Tit. 9.), und die Erbantretung ganz die hereditatis aditio mit dem spatium deliberandi (von 3 Monaten), und dem benef. inventarii. (Tit. 15.).

17. Würtembergsches Landrecht 1567. (1555). Die Erbeinsetzung ist nöthig zur Gültigkeit des Testaments, indeß soll es auf die Worte nicht ankommen (3 Thl. Tit. „von Einsetzung d. Erben“). Der Erbe ab int. oder ex test. ist alle Schulden und Legate zu zahlen verpflichtet, damit aber die Erbschaften „ohn Schaden adiert werden, soll das geschriebene Recht des Inventars ingehalten werden,“ nur mit Beschränkung der Formalitäten (Tit. „von Annehmung der Erbsch.“). Beim Intestaterbrecht sind Klagen über die vielen verschiedenen Ortsgebräuche vorausgeschickt, welche nun hier geordnet und geläutert werden. Es sind die Deutschrechtlichen Lehren über die Vererbung bei Concurrenz der Ehegatten. Im Uebrigen bestehen die Klassen der Nov. 118., und zuletzt wird noch besonders das gemeine Recht „für alle übrige ledige Erbfälle“ bestätigt.

18. Landrecht des Fürstenthums Ober- u. Nieder-Bayern 1616. Bei den Vorschriften über die Testamente werden (Tit. 34. Art. 16.) die bisherigen Ortsgewohnheiten ausdrücklich anerkannt, obgleich angerathen wird, die Vorschriften des Landrechts zu observiren. Im Tit. 35. Art. 1. wird die Erbeinsetzung für ein wesentliches Stück des Testaments erklärt. Im Tit. 40. u. 41. sind ganz die Klassen der Nov. 118. anerkannt, dagegen gelten für die Ehegatten besondere Bestimmungen. Die Frau erhält, wenn Kinder vorhanden sind, die Errungenschaft, und Kindestheil am Vermögen des Mannes, der Mann dagegen die Errungenschaft nebst dem Nießbrauch an dem ihm bestimmten Heirathsgut. Wenn keine Kinder da sind, so bekommen die nächsten Erben das Vermögen, der überlebende Ehegatte aber die Errungenschaft,

---

mischen Recht) juxta computationem civilem d. i., nach den gemeinen weltlichen Rechten, so succedirt ihme der letztüberbliebene Ehegatt, welches aber nicht auf die würklich verlobte Braut oder Bräutigam, sondern nur auf die wirklich verheirathete zu verstehen ist.“ (Manche Schriftsteller hatten nämlich die b. p. unde vir et uxor auch auf Brautleute ausdehnen wollen).

in bestimmten Districten der gemeinrechtliche Satz wegen entgegenstehenden Particularrechts nicht zur Anwendung kam. Die von mir angeführten Stadt- und Landrechte würden nicht genügen zum Nachweise der factisch-allgemeinen Geltung; für das gemeinrechtliche Bestehen der uns interessirenden Punkte sind sie dagegen durchaus hinreichend. Wenn in diesen Rechtsbüchern die Principien der Universalsuccession, der Erbantretung, des Deliberationsrechts und Inventars u. s. w. ausgeführt werden, so wird entweder ausdrücklich hinzugefügt, oder es ist wenigstens aus der ganzen Fassung unzweifelhaft zu ersehen, daß dies gemeines Recht sei. Man wollte also bei der Aufnahme dieser Rechtsinstitute kein particulares Recht aufstellen, sondern man wollte nur das, was durch entschiedenes Rechtsbewußtsein als gemeinrechtlich anerkannt war, der Praxis des einzelnen Landes leicht faßlich und zugänglich machen. Wenn wir also ein Institut in dieser Weise durch die angeführten Rechtsbücher sich hindurchziehen sehen, so wird dadurch seine gemeinrechtliche Geltung übergenug dargethan, und offenbar sind für diesen Zweck diejenigen Landrechte ebenso beweisend, welche das als gemeinrechtlich anerkannte Institut (wie z. B. in Nassau, Trier und Baiern die b. p. unde vir et uxor) in Folge particularen Gewohnheitsrechts ausschließen, — als wie jene anderen, welche umgekehrt das gemeine Recht auch in dem einzelnen Lande für anwendbar erklären.

Hiernach lassen sich aus dem Inhalte des vorigen §. leicht folgende Resultate ziehen:

Der Begriff der Universalsuccession ist in Deutschland als ein gemeinrechtlicher entschieden für die testamentarische, nachherbenrechtliche und Intestatsuccession recipirt. Es wird wohl nicht als einseitige Vorliebe für das Römische Recht ausgelegt werden, wenn man sagt, daß unser Erbrecht dadurch einen passenden Grundbegriff gewonnen hat. Aber es wäre unpassend gewesen, wenn man neben den civilrechtlichen Regeln, wie diese U. S. deferirt und acquirirt wird, auch noch die abweichenden Regeln der Prätorischen Delation (successorium edictum) und Agnition festgehalten hätte. Und so hat denn auch ein sehr einleuchtendes practisches Bedürfniß, ebenso entschieden wie man jene annahm, dahin geführt, diese Letzteren auszu-

schließen, obgleich man allgemein der Ueberzeugung war, daß sich Beide im Justinianeischen Rechte noch geschlossen gegenüberständen. Es sind die selbständigen Klassen des Prätorischen Rechtes wenigstens theilweise anerkannt, aber die Prätorischen Delations- und Agnitionsregeln, als eine nothwendige Handlung für den Prätorischen Erben, und als eine vortheilhafte für den Civilerben, sind hinweggefallen.

1. In Beziehung auf die einzelnen Erbklassen ist zuerst für die Geltung der c. t. b. p. aus den angeführten Rechtsbüchern am wenigsten zu ersehen. Es wird freilich überall nur vom Pflichttheilsrecht, wie es durch die Novelle 115. umgestaltet worden war, gesprochen, aber doch immer nur in einer Weise, daß man nicht sieht, ob die Weglassung des formellen Notherbenrechtes aus dem entschiedenen Rechtsbewußtsein seiner Unanwendbarkeit hervorgegangen ist. Die Rechtsbücher lassen hier auch immer die Möglichkeit offen, daß man es nicht aufnahm, weil es sich nur auf einen kleinen Kreis von Personen bezieht [1]), und weil deßhalb die Redaction einer weitläufigen Rechtslehre nicht der Mühe werth schien. Nur beim Vorhandensein jenes Rechtsbewußtseins würden uns die Rechtsbücher von sicherer Beweiskraft sein. Aber von der anderen Seite ist doch wenigstens auch das klar, daß gar keine positiven Data für die Aufnahme des formellen N. E. R. vorliegen, und daß dies in seiner für Deutschland unpassenden Gestaltung seinen Grund hat. Man kann also höchstens sagen, es sei noch von denen fortgeschleppt worden, welche es im Justinianeischen Rechte für unaufgehoben hielten [2]), und jedenfalls muß es daher, wenn sich diese Ansicht als unbegründet erweist, aus dem praktischen Rechte gestrichen werden.

1) So z. B. wird auch in den meisten Rechtsbüchern das beschränkte Recht der Geschwister auf die inoff. querela ausgelassen, ohne daß man daraus auf dessen Unanwendbarkeit schließen dürfte.

2) Ueberhaupt hat im Notherbenrecht die Deutsche Rechtsentwicklung sich sehr schlaff und unlebendig gezeigt, während man doch mit gewissen aus dem Römischen Recht bei uns eingebürgerten Principien gar nicht schwer zu einer viel einfacheren Gestaltung hätte fortschreiten können. Hier bleibt daher der Gegenwart die Pflicht, das auszuführen, was die Vergangenheit versäumt hat.

Die Erweiterungen, welche der Prätor in der testamentarischen Erbfolge durch die **sec. tab. b. p.** veranlaßt hatte, ist unzweifelhaft als Theil der gesammten Testamentslehre gemeinrechtlich recipirt. Es ist erklärlich, daß in den Rechtsbüchern nur selten Gelegenheit war, von diesen einzelnen singulären Fällen zu sprechen, aber wir sehen daraus gerade, daß man überhaupt alle hierher gehörigen Fälle als gültig annahm (s. d. vor. §. Nro. 3. 16. 18.).

Die **b. p. unde vir et uxor** ist die einzige selbständige Erbklasse, welche aus dem Prätorischen Rechte in das heutige sich herübergezogen hat, und so konnte es denn auch nur hier recht klar hervortreten, wie das Deutsche Rechtsbewußtsein die **b. p.** behandele. Ich glaube, es wird aus den angeführten Stadt- und Landrechten zur Genüge das bestätigt sein, was ich oben (§. 184. Nro. 1. c.) als Resultat der Doctrin bereits angab. In manchen Rechtsbüchern wird sie allerdings nicht erwähnt, in anderen dagegen geradezu ausgeschlossen, aber selbst von diesen letzteren dienen uns, wie ich schon bemerkte, mehre zum sicheren Beweise, daß man diese Klasse als gemeinrechtliche durchaus anerkannte. Was nun aber hier von ganz besonderer Wichtigkeit erscheint, ist, daß nirgends, wenn von ihr als einer anwendbaren oder unzulässigen gesprochen wird, sich der Ausdruck **b. p. unde vir et uxor** findet, wonach man allenfalls noch meinen könnte, es seien damit auch die Prätorischen Intretungsregeln zugelassen. Vielmehr wird in der Art, wie der Ehegatte das Vermögen erbt, auch im Ausdruck gar kein Unterschied von den Klassen der Novelle 118. gemacht. Beide, das Recht der Verwandten und das der Ehegatten sind offenbar als ganz gleichartiges gemeines Recht angenommen.

Die **missio ventris nomine** und **Carboniana** sind nur Nebeninstitute der **b. p.**, es war in den Rechtsbüchern keine Gelegenheit sie zu erwähnen. Aber wie unzweifelhaft ihre gemeinrechtliche Geltung ist, zeigt der **Cod. Max. Bavar.**, der gerade sie allein noch anerkennt, während er im Uebrigen Manches, was entschiedene gemeinrechtliche Gültigkeit hat, ausschließt.

2. Die Delation und Acquisition der Erbschaft ist, wie der vorige §. genügend gezeigt haben wird, bei allen Klassen

das Römische Civilrecht (**her. aditio, spatium deliberandi,** und **beneficium inventarii**). Es finden sich hiebei in Beziehung auf die Zeitfristen, sowie die Folgen ihrer Versäumung mancherlei particuläre Verschiedenheiten, aber die Grundbegriffe, auf die es hier allein ankommt, sind allen Rechtsbüchern gemein, und unverändert die des Römischen Rechts. Ich glaube, wer diese Rechtsbücher auch nur mit geringer Aufmerksamkeit durchliest, wird nothwendig die Ueberzeugung gewinnen, daß hier von folgenden zwei an und für sich denkbaren Zweifeln gar nicht die Rede sein kann.

Der eine ist, daß man meinte, es seien die Römischen civilrechtlichen Erwerbsregeln mit allen sich daran knüpfenden Folgerungen überhaupt nur particularrechtlich in einzelnen Ländern recipirt. Wer aber bedenkt, daß in den meisten Rechtsbüchern es ausdrücklich hervorgehoben wird, man zeichne hier nur das gemeine Recht auf, daß, auch wo dies nicht geschieht, die Absicht unverkennbar ist, mit Anerkennung des Römischen Rechts nur einzelne particuläre Eigenthümlichkeiten für die Deliberationsfrist, die Form der Inventare anzuordnen, — der wird zugestehen, daß eine solche Ansicht aller Begründung entbehrt. Es ist also vielmehr umgekehrt, das Römische Civilrecht ist bei uns die gemeinrechtliche Grundlage, und das ihm Entgegenstehende, sei es Ueberbleibsel alt-deutscher Rechtsideen, oder Fortbildung und Veränderung des Römischen Rechts, erscheint hier als Particularrecht. Gemeinrechtliche Gewohnheiten, wodurch in diesem Kreise das Römische Recht umgestaltet worden wäre, haben sich nicht gebildet.

Der andere Zweifel, welcher erhoben werden könnte, ist, daß wenn in den Rechtsbüchern lediglich von der civilrechtlichen Erbantretung die Rede sei, daraus noch nicht folge, man habe die Prätorischen Regeln absolut ausschließen wollen. Es gelte hier also dasselbe, was sich nach dem vorher Bemerkten vom formellen N. E. R. sagen läßt. Man habe die Sätze des **successorium edictum** und der Prätorischen Agnition übergangen, weil sie in verhältnißmäßig wenigen Fällen zur Anwendung kämen, aber aus solcher Nichterwähnung folge keineswegs, daß sie nicht doch in diesen seltenen Fällen gemeinrechtlich zur Anwendung kämen. — Ich glaube, eine solche Auf-

fassung wird einfach schon durch den Ton unmöglich gemacht, in welchem die Lehre von der **her. aditio** in den Rechtsbüchern dargestellt wird. Es ist so entschieden von allen Erben die Rede, es wird so allgemein die Erbantretung als eine auf das ganze Erbrecht sich beziehende gemeinrechtliche Lehre vorgetragen [3]), daß es ein Aufgeben aller gesunden Interpretation sein würde, wenn man hier die Worte noch wieder restringiren wollte, wo es doch einem jeden Verständigen so nahe liegen mußte, daß die abweichenden Prätorischen Regeln ohne allen Schaden über Bord geworfen werden konnten. — Es kommen aber noch besondere Gründe hinzu. Wenn das Deutsche Rechtsleben die Agnition der **b. p.** festgehalten hätte, so müßte einestheils ein bestimmter Vortheil vorhanden sein, dessen Erlangung dem Erben nur durch sie möglich wäre. Dies ist aber nicht der Fall, weil das Interdict, wie wir im folgenden Kapitel sehen werden, auch ohne Agnition jedem Erben zugestanden ist. Anderntheils aber müßte in den wenigen Fällen, wo die Erbbefugniß lediglich auf Prätorischem Rechte ruht (also namentlich bei der **b. p. unde vir et uxor.**), die Agnition als nothwendige Bedingung des Erbrechts beibehalten sein, aber gerade umgekehrt findet sich, wie ich vorher (Nro. I.) schon bemerkte, auch im Ausdrucke eine völlige Verschmelzung des Erbrechts der Ehegatten und der Verwandten. Und wenn man nun bei den Ehegatten die Nothwendigkeit der Agnition nirgends festgehalten hat, so kann natürlich bei den singulären Fällen der **sec. tab. b. p.** noch viel weniger davon die Rede sein (s. §. 187. Note 15.). Was aber endlich die **missio ventris nomine, Carboniana,** und **furiosi nomine** betrifft, so sind diese von jeher als ganz gleichartig, und zwar insgesammt als Missionen behandelt worden, so daß auch hier die Anwendung der Prätorischen Fristen und Agnitionsform, die das Justinianeische Recht theilweise bei ihnen noch kennt, den Boden verloren hat.

---

3) Die oben erwähnte scheinbare Beschränkung der **her. ad.** auf die testamentarische Succession (§. 186) kommt hier natürlich nicht in Betracht, denn sonst würde daraus folgen, daß alle Intestatklassen **b. p.** erbitten müßten.

Wir stehen am Schluß, und so wollen wir denn die Untersuchungen dieses Kapitels noch einmal kurz überblicken. Die Deutschen Rechtsbücher seit dem sechzehnten Jahrhundert weisen uns das entschiedene Bestehen des klaren Rechtsbewußtseins, daß die eigenthümlichen Prätorischen Delations- und Antretungsregeln unanwendbar seien, und daß sämmtliche Erbklassen (die civilen wie auch die wenigen Prätorischen) unter den Regeln der her. aditio und allen damit zusammenhängenden Instituten vereinigt seien (§. 186—188.). Dieser Schritt lag, obgleich man darin vom Justinianeischen Rechte abzuweichen glaubte, nahe genug, wir haben gesehen, daß man auch schon in Italienischen Statuten dasselbe gethan hatte (§. 177. 178.). Die Literatur unserer Lehre dagegen hat sich anfangs um die practische Geltung derselben gar nicht bekümmert, sie beschäftigte sich zur Zeit der Glossatoren lediglich mit ihrer theoretischen Erklärung (§. 176.), entstellte sie dadurch in den folgenden Jahrhunderten bis zur Unkenntlichkeit (§. 179—181.), befreite sich dann seit dem sechzehnten Jahrhundert wieder etwas mehr von den eingerissenen Irrthümern (§. 182. 183.), und wandte sich nun auch seitdem der Frage über das geltende Recht zu. Eine große Zahl von Juristen hat dabei mit mehr oder minder klarem Blick den wirklichen Rechtszustand Deutschlands zu durchschauen vermogt, eine ziemlich gleiche Anzahl dagegen hat immer noch mit sehr schwachen Gründen, namentlich aus einer unrichtigen allgemeinen Ansicht von der Geltung des **Corpus juris**, der **b. p.** ein Scheinleben zu retten versucht, das bei genauerer Untersuchung in Nichts zusammensinken muß (§. 184. 185.) [4]. -

4) So kommt es denn auch, daß in den neueren Gesetzbüchern die b. p. als ein selbständiges System ganz verschwunden ist. Aber einzelne Ideen derselben hat man benutzt. Im Preußischen Landrecht sind bei der Erbantretung die Begriffe des **spatium deliberandi** (was aber **ipso jure** abläuft) und des **benefic. inventarii** (mit der Haftung für alle Schulden bei unbedingter Antretung, und bis zum Bestand der Masse im Fall des Inventars) zum Grunde gelegt worden, aber die Antretung und Ausschlagung muß vor dem competenten Richter geschehen (A. L. R. I. 9. 8.). Das Oestreichsche Gesetzbuch (II. 15) fordert nicht bloß gerichtliche Antretung, sondern erkennt auch nur gerichtliche Besitzergreifung an. Während

IV. Endresultat.

§. 189. Das vorliegende Werk über die b. p. ist der Lebensbeschreibuug eines Verstorbenen ähnlich. Der einzelne Mensch, klein geboren, kann in seinem Leben zu ausgedehnter Wirksamkeit berufen werden, und am Ende, wenn seine Kräfte schwinden, macht er Anderen Platz. Wir lieben es dann mit Recht, uns den ganzen Lauf seines Lebens zu vergegenwärtigen. Jeder bedeutende Mensch, gleichviel in welchem Kreise er thätig war, hat für Andere, auch wenn sie sich in ganz anderen Gebieten bewegen, stets eine anregende lehrreiche Kraft. Wir werden, wenn wir sehen, wie Jener auf seinem Platze wirkte, daraus immer auch für uns des Beherzigenswerthen mehr oder weniger entnehmen können. Aber dies kommt nicht allein in Betracht. Ein einzelner Mensch kann in seinem Leben eine Errungenschaft erlangt haben, die er, gleichviel in welchem Fache des Wissens, der Nachwelt als dauerndes werthvolles Gesammtgut hinterläßt, auf der dann Andere weiter bauen, und die also unmittelbar oder als mittelbare Grundlage fernerer Entwicklungen auch in späteren Zeiten noch fortleben. In solchen Fällen ist es unsere Pflicht, das was in der Gegenwart existirt, auf seine Quelle zurückzuführen, schon aus dem Grunde, weil wir nur auf diese Weise das wirklich Bestehende recht begreifen können.

Was hier von einem einzelnen Menschen und dessen Leistungen gesagt ist, gilt ebenso auch von Rechtsinstituten, die als das Product menschlicher Thätigkeit, oft aus kleinem Ursprunge emporwachsen, unter günstigen Umständen eine be-

also das Römische Recht die private Besitzergreifung als Regel gelten läßt, und sich deßhalb hier die richterliche Hülfe zur Erlangung des Besitzes zu besonderen begünstigenden Rechtsmitteln gestaltet, ist in Oestreich das Recht des gerichtlichen Einsatzes auch zugleich zur Pflicht gemacht. Im Uebrigen unterscheidet man hier auch die unbedingte Antretung und die unter Vorbehalt der Inventarswohlthat. Der Code civil und das Badische Landrecht (welche auch das Recht der Ehegatten auf die Erbschaft in Ermangelung der Verwandten aufgenommen haben) erkennen ganz wie das gemeine Recht die private Erbantretung mit oder ohne Vorbehalt der Vorsicht des Erbverzeichnisses an. (Art. 774. ff.).

eutende Wirksamkeit entfalten, dann aber, wenn die Bedinungen ihrer Lebensfähigkeit verschwinden, allmählig erstaren und untergehen, um mit dem Umschwunge der Verhältisse anderen Instituten Platz zu machen. Auch wenn sie vollommen aus dem Rechtsleben gestrichen sind, ist es lehrreich hren Entwicklungsgang zu verfolgen, und es kann uns häuig die Untersuchung solcher ganz antiquirter Institute zur richigen Anschauung ganz anderer Verhältnisse unserer Gegenwart erhelfen [1]. Aber sie können noch eine andere höhere Bedeuung für uns haben. Wenn sich einzelne Bruchstücke von ihen unmittelbar noch bis in unsere Gegenwart hineinziehen, so ind sie ja dann eben noch nicht ganz untergegangen. Aber uch wenn die letzten unmittelbaren Ueberreste sich verloren aben, so können doch durch ein Institut sich gewisse Rechtsbegriffe und Einrichtungen festgestellt haben, die für das practische Rechtsleben sich als ein dauernder werthvoller Gewinn darstellen. Die Menschen finden häufig für gewisse feststehende practische Bedürfnisse keineswegs sogleich die passende Rechtsgestaltung, sie arbeiten daran oft Jahrhunderte lang. Ist dann endlich durch vereinte Arbeit, oder durch die hervorragende Klugheit eines Einzelnen dem inneren Verhältniß die entsprechende äußere Rechtsform gegeben, so kann dies ebensosehr ein dauernder Gewinnst genannt werden, wie wenn durch irgend eine mechanische Erfindung einem Bedürfnisse der Menschheit abgeholfen wird. Es kommt dann häufig vor, daß der einmal gewonnene Rechtsbegriff mit Veränderung der Verhältnisse die Gestalt eines scheinbar ganz anderen Institutes annimmt, ohne doch innerlich ein anderer zu werden. Wir Juristen aber, wenn wir das Recht unserer Gegenwart innerlich durchschauen und wahrhaft begreifen wollen, dürfen uns nicht bloß an den Namen und die äußere Gestalt der Rechtsinstitute halten, wir müssen von der äußeren Schale zum inneren Kern durchdringen, wir müssen nach den practischen Bedürfnissen, welche die Menschheit in verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Or-

1) Deßhalb lag es mir ob, manche Theile der b. p. (wie z. B. die contra tab. b. p. u. a. m.), die nach meiner Ansicht völlig unpractisch sind, mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen, als wenn ich ein Institut der Gegenwart vor mir gehabt hätte.

ten hatte, prüfen, in welcher Weise die Rechtsinstitute ihrem **Begriffe** nach zueinander gehören, und wie sie nun auch **historisch** (sei es unter demselben Namen, sei es in äußerlich verschiedener Gestalt) sich an einander angereiht haben.

Es ist daher meine Pflicht, nachdem ich in diesem Werke die **b. p.** auf langer Reise von den Zeiten ihres kleinen Ursprunges an, durch Jahrhunderte einer sehr ausgedehnten Wirksamkeit, durch fernere Jahrhunderte ihres Erstarrens und Einschrumpfens hindurch, bis zu ihrem endlichen völligen Untergange verfolgt habe, — es ist, sage ich, meine Pflicht nun zu fragen, ob durch dieses Institut eine dauernde Errungenschaft gewonnen worden ist, die als ein heilsamer Ueberrest der wissenschaftlichen Arbeit vieler Jahrhunderte, wenn auch nur mittelbar und in äußerlich anderer Gestalt, in unserer Gegenwart noch fortlebt. Es ist dies gleichsam der Denkstein, wie man ihn Verstorbenen zu setzen pflegt. Ich habe in dem ganzen Verlaufe dieses Werkes mit überlegter Absicht 2) nicht bloß von dem Institute reden wollen, welches den Namen **bonorum possessio** trägt; ich bin darauf ausgegangen, die practischen Bedürfnisse des Lebens, welche ihr zum Grunde liegen, klar zu machen und sie mit anderen Rechtsinstituten, welche nach diesen practischen Bedürfnissen begrifflich mit ihr verbunden sind, zusammenzustellen, um so wechselseitig der b. p. Licht zu geben und von ihr zu entnehmen. Danach bietet dieses Werk, ohne doch einen anderen Titel führen zu können, als den ich ihm gegeben habe, eine ziemlich vollständige innere **Entwickelungsgeschichte des gesammten Erbrechts**, soweit dieses eine Universalsuccession in sich faßt. Nach einer solchen Anlage aber ist es jetzt am Schluß ein Leichtes die Resultate des Ganzen 3) zusammenzustellen.

---

2) s. Bd. I. Einl. S. XVII.

3) Ich halte es nicht für nöthig, hier am Schluß den ganzen Inhalt dieses Werkes kurz zu recapituliren, also z. B. zu wiederholen, was ich über die Interdicte, oder die Geschichte der Testamente gesagt habe. Wer das Ganze gelesen hat, bedarf dessen nicht, und wer es nicht gelesen hat, — bedarf dessen auch nicht. Wohl aber schien es mir passend, in kurzen Punkten hervorzuheben, was aus dem

1. Zu dem Satze, daß die bon. poss. heutzutage der hereditas gegenüber kein geschlossenes System mehr bilde, sind wir durch zwei verschiedene ganz selbständige Beweisführungen gelangt. Es ist einestheils im vierten Buche dargethan worden, daß bereits in der Justinianeischen Compilation die Verschmelzung beider Begriffe vorliegt. Dies Resultat habe ich dann in den bisherigen Untersuchungen des fünften Buches einstweilen außer Acht gelassen (§. 177. Note [4a]), weil man in den Zeiten der Reception des Römischen Rechtes allgemein von der Voraussetzung ausging, die b. p. stehe im Corpus juris der hereditas noch geschlossen gegenüber. Es hat sich nun aber gezeigt, daß trotz dieser Annahme man dennoch in Deutschland die Eigenthümlichkeiten des Prätorischen Erbrechts abgestreift hat. Das Deutsche Gewohnheitsrecht steht hier also auf ganz selbständiger Grundlage, und wenn wir gleich im Allgemeinen sagen können, daß es mit dem Inhalt des Justinianeischen Rechtes auf dasselbe hinauslaufe, so kann es uns doch nicht auffallen, wenn wir Beide nicht vollkommen in allen Punkten zusammentreffen sehen. Dies habe ich hier in kurzen Worten noch zusammenzustellen.

Im vierten Buche habe ich ausgeführt, daß Justinian die Agnitionsformen und Fristen nicht aufhob, wohl aber allen Klassen auch die her. aditio und pro herede gestio als genügende Form des Erbschaftserwerbes gestattete. Dies gilt auch für die Fälle der decretalis b. p., welche nicht ihrer speciellen Natur nach eine richterliche Einwirkung voraussetzen (§. 171. Nr. 1.). Dagegen hat Justinian die Regeln des successorium edictum und der Agnition als Nothwendigkeit bestehen lassen, wenn der civile oder Prätorische Erbe das Recht auf provisorische Besitzeseinweisung erlangen wollte; und ebenso haben wir die Nothwendigkeit der Agnition in bestimmter Frist auch bei den auf besonderen Gründen ruhenden interimistischen Besitzeinweisungen, soweit sie nicht reine Missionen sind (Carboniana, und furiosi nomine), anzunehmen (§. 170.).

---

großen Institute der Vergangenheit in unser heutiges Recht sich hineingezogen hat, um damit gleichsam die Rechnung abzuschließen.

Das Deutsche Gewohnheitsrecht dagegen ist noch weiter gegangen, es hat, wie im folgenden Kapitel genauer auszuführen ist, auch für das **Int. quor. bon.** die Agnitionsfrage weggeworfen; und so wäre es denn sehr verkehrt gewesen, in den singulären Fällen der **b. p. furiosi nomine** und Carboniana sie noch festzuhalten. Mit Recht hat man deßhalb bis von jeher mit der **missio ventris nomine** in Beziehung auf die Erlangungsform als ganz gleichartig behandelt.

Alle Institute mithin, welche, aus dem Prätorischen Rechte sich herschreibend, noch heutzutage definitive oder interimistische Ansprüche auf die Erbschaft gewähren, haben ihre äußere Gestalt verändert. Die Fälle der **sec. tab.** und die b. p. unde **vir et uxor** sind civilrechtliche Delationsgründe geworden, eine Mitwirkung des Richters ist hier gar nicht mehr nöthig; bei den interimistischen Einweisungen des **furiosus** und des **impubes** kommt diese allerdings noch vor, aber sie unterscheidet sich nicht von einer gewöhnlichen Immission; und endlich die Besitzeserlangung durch das **Int. quor. bon.** ist mit einem anderen Institute zur Lehre des Einsatzes zusammengeschmolzen worden. Unmittelbare und ganz unveränderte Ueberreste der **b. p.** aus dem Römischen Rechte, giebt es also überhaupt heutzutage nicht mehr.

2. Von der anderen Seite aber darf man nun auch nicht dabei stehen bleiben, die ebengenannten Institute, als die alleinigen in unser heutiges Recht verflochtenen, aus der **b. p.** abzuleiten. Vielmehr finden alle die folgenden anzuführenden Punkte in ihr mehr oder minder ihren Ursprung und ihre Erklärung. Unter ihnen verdient zuerst das wichtige Princip hervorgehoben zu werden, daß unter den Erbklassen allgemein eine **ordinum successio** statt findet, was denn auch innerhalb einer Klasse auf mehre hintereinanderstehende Personen als **graduum successio** übertragen werden kann. Wie wichtig dieses Princip für eine practisch brauchbare Handhabung des Erbrechts, und zugleich wie natürlich es sei, brauche ich hier nicht weiter auszuführen. Es ist in Deutschland als etwas sich eigentlich von selbst Verstehendes von den Römern recipirt worden, und doch haben wir gesehen, wie schwer es den Römern geworden ist, sich dazu zu erheben (Bd. I. S.

12.). Man mußte sich erst durch verkehrte Institute, wie es ie pro her. usucapio doch entschieden war, durcharbeiten, nd dem Prätorischen Rechte gebührt das Verdienst, durch ein= ache Rechtssätze dem practischen Bedürfnisse abgeholfen zu aben. Theilweise, aber doch nur unvollständig, wirkte dies chon vor Justinian auf das Civilrecht zurück, und man kann uch sagen, daß selbst im Prätorischen Recht das Princip noch icht rein zur Gestaltung gekommen war. Es war noch im= ner combinirt mit der Lehre von den Deliberationsfri= ten, welche doch gar nicht wesentlich mit ihm zusammenhängt, nd am Besten ganz von ihm getrennt wird. So mußte es ndlich dahin kommen, daß es sich ganz rein gestaltete, d. h. aß man allgemein den Satz aussprach: wenn der zunächst Berufene wegfällt (mag dies durch Ablauf einer Frist, oder urch Tod oder Ausschlagung geschehen), so wird eine neue De= ation an den Folgenden eröffnet, und es ist kein juristischer Widerspruch, wenn auf diese Weise der Anfang einer Delation rst längere Zeit nach dem mortis tempus eintritt. Durch ie später folgende Antretung wird dann doch Alles nicht bloß uf die Delation, sondern stets auf das mortis tempus zu= rückbezogen [4]). — Im vierten Buche habe ich nachgewiesen, daß Justinian dieses von den Prätorischen Deliberationsfristen entkleidete Princip der Aufeinanderfolge der Berufungen bereits im ganzen Corpus juris, und nicht erst in den Novellen ausspricht (§. 161. 165.). Es ist auch dies wieder ein Bei= spiel, daß das Recht in seiner Fortbildung durch die Ver= wickelungen des Verkehrs in seinem Umfange allerdings weit= läuftiger, aber in seinem Inhalte immer einfacher wird und werden muß, indem die Rechtsprincipien, das Fremdartige all= mählig abstreifend, zuletzt ganz rein aus einem oft Jahrhun= derte dauernden Läuterungsproceß hervorgehen.

3. Historisch hängt mit dem vorigen Punkte ein anderer genau zusammen, während in Beziehung auf den inneren Be= griff dies gar nicht in gleicher Weise der Fall ist. Es bedarf nämlich in einem gutgeordneten positiven Rechte der Vorkeh=

---

4) fr. 54. de acq. her. — Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

rungen, daß dem berufenen Erben gegenüber das Interesse aller der anderen Personen gesichert werde, welche bei dem Erbfalle noch außerdem in Betracht kommen, und daß namentlich diese Personen (insbesondere Gläubiger und Vermächtnißnehmer) durch die Hinzögerung der Erbantretung nicht zu lange hingehalten werden (§. 111. am Ende). Auch in diesem Punkte hat das Römische Recht viele Stufen durchlaufen, wobei die b. p. eine besonders wichtige Stelle gespielt hat. Man knüpfte zuerst die Deliberationsfristen mit der successorischen Berufung zusammen. Abgesehen von der durch den Willen des Erblassers angeordneten Cretionsfrist, wurde der Erbe nur durch den eigenmächtigen Besitzergreifer (in Folge der pro her. usucapio) zur Antretung gedrängt. Wir haben gesehen, wie der Prätor im successorium edictum das Bedürfniß der Deliberationsfristen vernünftiger regulirte, wie er dann dieselben Grundsätze aus der b. p. im *jus deliberandi* auf das Civilrecht wieder zurückwandte (§. *114.*). In der Aufstellung dieses jus deliberandi lag aber nicht bloß die Verbesserung, daß nun auch das Civilrecht mit dem Prätorischen gleichmäßig behandelt wurde; sie enthielt zugleich einen inneren Fortschritt. Ich habe gezeigt, daß die Folge der versäumten Deliberationszeit die bonorum venditio war; darin tritt zuerst zu Tage, daß die Anstalten, welche man zur Beschleunigung der Erbantretung trifft, gar nicht nothwendig mit der ordinum successio zusammenhängen. Wichtiger aber noch ist ein anderer Punkt. Die Deliberationsfristen waren bisher wenn auch utile tempus, doch immer ein von selbst laufender Zeitraum gewesen. Dadurch kann dem Erben ein unbilliger Schaden zugefügt werden. Dem Wesen des Verhältnisses dagegen entspricht es weit mehr, wenn man die Frist, die ja nur aus dem Interesse anderer Personen dem Erben gesetzt wird, nun auch erst von dem Andrängen derselben abhängig macht [5]). Dieser Satz tritt erst in dem jus

5) Aus dem Interesse dieser Personen erklärt sich denn auch, was die Folge der vergeblich abgelaufenen Deliberationsfrist ist. Es sind entweder solche, die die Antretung wünschen, oder die umgekehrt sie gern unterlassen sehen (s. §. 111.). Die Ersteren (Creditoren und Legatare) veranlaßten früher die bonor. vendit., nach Justinian

deliberandi hervor, und nachdem nun noch neben dieses Institut von Justinian das Recht des Inventars gesetzt ist, so haben wir in der Verbindung dieser beiden einen Rechtszustand, von dem sich auch ohne Vorliebe für das Römische Recht sagen läßt, daß er von practischem Gesichtspunkte aus passend sei. Die leichte Art, wie sich diese beiden Institute in das Deutsche Rechtsleben eingebürgert haben, zeigt dies zur Genüge.

4. Von großer Bedeutung ist die b. p. noch dadurch geworden, daß sie die Entwickelung des Cognationsprincipes im Erbrecht hervorgerufen hat. Die Befugniß zu erben, ist immer einer der besonders hervortretenden Punkte, wodurch ein Verwandtschaftsbegriff Wichtigkeit erhält. Ich habe gezeigt, wie die Cognation vom Prätor zuerst noch ganz unorganisirt ins Erbrecht hineingezogen wurde, denn eine Be-

soll ihnen gegenüber der Berufene als antretend angenommen werden. l. 22. §. 14. C. de jure delib. Den Letzteren gegenüber gilt er dagegen als ausschlagend. Heutzutage wird dies gewöhnlich nur als ein besonderes Privilegium des Substituten gegenüber dem Institutus dargestellt (Puchta Pand. §. 498), wegen fr. 69 de acq. her. Dagegen aber spricht das ganze Wesen des jus deliber. Die bon. vend. trat erst ein, wenn es sicher war, daß Niemand heres sein würde (Bd. II. Abth. 1. S. 321.). Deßhalb muß also auch bei allen Klassen, nach Ablauf des spat. del. für die Näheren, dem Folgenden ein solches gegeben worden sein. s. auch fr. 70. de acq. her. und fr. 6. §. 1. ad Sc. Tertull. Für unser heutiges Recht gestaltet sich also, nachdem Justinian an die Stelle der bon. vend. die fingirte Antretung gesetzt hat, die Sache folgendermaßen: Wenn der Berufene lediglich von dem hinter ihm Stehenden zur Antretung gedrängt wird (sei dies ein Substitutus oder der nächste Intestaterbe hinter dem Institutus, sei es eine folgende Intestatklasse hinter der vorhergehenden), so gilt der Vorhergehende nach Ablauf der Deliberationsfrist als ausschlagend. Wenn aber lediglich Creditoren den Berufenen drängen, so wird seine Antretung fingirt. Falls dagegen Beide ihn drängen, oder überhaupt erst nach Veranlassung der Fristbestimmung durch die Creditoren der Nächstfolgende auftritt, und dieser sich erbietet die Erbschaft antreten zu wollen, so müssen auch noch heutzutage die Creditoren damit zufrieden sein. Die Vermächtnisse, welche etwa der Vorhergehende im Fall der Antretung hätte zahlen müssen, können dann dem Nachfolgenden, wenn sie nicht auch ihm aufgelegt sind, nicht zur Last fallen.

rufung bloß nach Gradesnähe kann nur sehr unvollkommen genannt werden. Es erklärt sich dies daraus, daß die Cognatenklasse gar nicht aus der Absicht, ein neues Erbrechtsprincip einzuführen, hervorgegangen war. Aber diese Klasse ward nun zur Basis für eine fester organisirte Stellung der Cognaten im Erbrecht. Weniger ist ein Schritt in dieser Richtung darin zu finden, daß die Emancipirten den sui gleichgestellt wurden, denn dies reducirt sich doch nur auf die Fiction der Suität, und gehört also mehr zur Ausbildung des Agnatenrechts, in welche das Prätorische Recht, wie wir gesehen haben, ebenfalls bedeutend eingegriffen hat. Vielmehr ist von weit größerer Bedeutung die Hervorhebung der parentes et liberi vor den Seitenverwandten, worin sich der Keim der ganzen Fortbildung des Intestaterbrechtes zeigt. Diese Fortbildung hat dann freilich das Prätorische Recht nicht übernommen. Es kam die Zeit, daß es, so wie überhaupt die Rechtswissenschaft, erstarrte, und indem nun allein die Kaiser sie weiterzuführen hatten, so liegt darin der Schlüssel, daß man hier so langsam und mangelhaft fortgeschritten ist.

5. Auch in die Lehre von der Erbantretung hat die b. p. wesentlich eingegriffen. Ich habe dies im dritten Kapitel des dritten Buchs entwickelt. Neben die cretio, die ursprünglich die alleinige Form gewesen war, trat schon sehr früh die Agnition der b. p. in dem Sinne, daß, wenn der heres dadurch sich die Prätorische Hülfe zur Besitzergreifung erbeten hatte, dies als genügende Antretung anzusehen sei (Bd. I. S. 96 ff.). Wahrscheinlich hat sich erst hieraus der Satz entwickelt, daß nun nicht bloß die unter Prätorischer Autorität constituirte possessio hereditatis, sondern auch überhaupt jede eigenmächtige Besitzergreifung und factische Einmischung (pro herede gestio) hinreichen sollte. Und so gelangte man denn auf diesem Wege schrittweise immer weiter, man erkannte nach Labeo auch die formlose Willenserklärung als hinreichend an, und die cretio verlor mehr und mehr von ihrem Gebiete. Ueberhaupt wird meine obige Darstellung wohl gezeigt haben, daß die historische Fortbildung und die heutige Gestaltung des Antretungsrechtes, namentlich auch in Beziehung auf den Erbschaftserwerb durch Stellvertretung (S.

65 ff.), nur durch Zusammenhaltung des Civilrechts mit dem prätorischen verstanden werden kann.

6. Endlich muß ich hier noch besonders die große Bedeutung hervorheben, welche das Prätorische Recht für die Gestaltung der **Klagen des Erbrechts** gehabt hat. Es schien mir unumgänglich nöthig, diesen Punkt in die Untersuchungen dieses Werks zu verweben. Die **hereditatis petitio** hat ihre eigenthümliche Gestalt durch die **pro herede usucapio** erhalten, indem der Beklagte früher eben jeder **pro her.** Usucapient, und auch von der anderen Seite nur dieser war. Die **b. p.** aber sollte von Anfang an dazu dienen, der **pro her. usucapio** entgegenzuwirken. Durch diesen inneren Zusammenhang mußte ich darauf geführt werden, die innere Bedeutung der **her. pet.** im weiteren Laufe der Zeiten und unter den Veränderungen, die sie durch Umgestaltung der **pro her. usucapio** erlitt, stets mit dem Wesen der Prätorischen Rechtsmittel zusammenzustellen. Was wir hieraus auch für das heutige Recht der **her. pet.** lernen, habe ich im §. 147. Nr. 2. angegeben.

7. An die petitorische Geltendmachung des Erbrechts reiht sich zuletzt als ein auch im heutigen Rechte noch besonders hervortretender Punkt das **possessorische, interimistische Element**. Es hat in der **b. p.** sich erzeugt, und war von Anfang an eine Haupttriebfeder für die Gestaltung des ganzen Instituts. Es liegt darin stets zweierlei, daß nämlich dadurch einestheils dem wahren **heres** ein Mittel gewährt werden soll, rasch in den Besitz der Güter zu gelangen, und daß anderntheils, wenn der wahre Erbe noch zögert aufzutreten, einstweilen bereits ein Anderer von der Obrigkeit zum Besitzer constituirt werden kann, der dann im Erbschaftsproceß die Beklagtenrolle übernimmt, bis zum Besiegtwerden die Güter unter seinem Schutze zusammenhält, und bereits mehr oder minder die Gläubiger befriedigen kann. — In früherer Zeit erlangte der Prätor diese Zwecke durch die **b. p. sine re**, welche als interimistische Universalsuccession bis zum Auftreten des **heres** ein sehr umfassendes Verwaltungsrecht der Erbschaft gewährte. In der späteren Kaiserzeit dagegen verlor sich dies, und es trat das **Interd. quor bon.**, im Verein

mit der **missio Hadriana**, an die Stelle (§. 147. Nr. 11). Justinian recipirte dann beide Institute mit wenigen Verände-rungen in der Gestalt, wie sie in der vorhergehenden Kaiserzeit sich entwickelt hatte (§. 156.), und so ist denn dieses prä-torische Element, während es im Orient sehr bald einschlief, im Occident aus dem **Corpus juris** durch entschiedenes Ge-wohnheitsrecht angenommen, und auch noch in einem wichti-gen Punkte umgestaltet worden. Dies genauer zu begründen, ist das Letzte, was uns nach der Aufgabe des vorliegenden Werkes noch übrig bleibt. Das folgende Kapitel wird davon handeln.

Zweites Kapitel.

Die Lehre vom Einsatz.

§. 190. **M**it dem technischen Worte: Einsatz, oder gerichtlicher Einsatz wird schon seit Jahrhunderten [1]) das in Deutschland entschieden anerkannte Recht des Richters bezeichnet, bestimmte Personen in Folge einer summarischen Untersuchung in den Besitz der Erbschaft einzuweisen, so daß die definitive Feststellung des Erbrechts dem Proceß der hereditatis petitio. überlassen bleibt [2]). Es ist unzweifelhaft, daß

1) Bereits Giphanius führt diesen Ausdruck an (s. §. 184. Note 3.); s. auch die Nürnberger Reformation und die Baseler Gerichtsordnung §. 187. Nr. 9. u. 19.

2) Es steht unserem Richter zu, der Erbschaft einen curator zu setzen, oder sie zu sequestriren, und so wäre es unnatürlich, wenn er nicht auch befugt wäre, die Besitzergreifung der Erbschaft, die freilich im Allgemeinen dem Einzelnen als eine Privathandlung überlassen ist (s. §. 188. Note 4.), unter seine Cognition zu stellen, d. h. bestimmte Personen durch seine Autorität in den Besitz einzuweisen, und unter mehren Streitenden einstweilen lediglich de possessione zu entscheiden. Aus der sehr leicht erklärlichen Rechtsüberzeugung, daß der Erbe für die Erlangung der Erbschaft, auch ohne gleich strengen Beweis zu erbringen, die richterliche Hülfe müsse in Anspruch nehmen können, ist es hervorgegangen, daß in Deutschland die beiden sich auf diesen Punkt beziehenden Römischen Institute so leicht Eingang fanden. Jene Rechtsüberzeugung selbst ist gar nicht erst

dies Recht des Einsatzes durchaus auf Römischer Grundlage ruht. Es werden damit die **missio Hadriana** und das **Int. quor. bon.** in einem einzigen Worte, und als ein einziges Institut zusammengefaßt.

---

aus dem Röm. R. entlehnt, nur in Beziehung auf die weiteren Regeln, zu denen sie sich gestalten muß, hat man die fertig vorliegenden Institute des Römischen R. angenommen. — Es ist von Interesse zu vergleichen, wie verschiedene Schriftsteller, die alle wenigstens zu ihrer Zeit große Autorität gehabt haben, diesen Gedanken mehr oder minder klar, und jeder auf seine Weise aussprechen. Oldendorp (Class. V. act. 6.) sagt: Denique reipublicae in civitatibus maxime interest scire, quis cuique in hereditatibus, praesertim rerum immobilium, succedat. Quare igitur non introducunt civitates, ut nemo ad hereditatem admittatur, nisi aliqua judiciali forma magistratui suum jus insinuet! Et hoc videmus frequentissimum esse, ut propemodum mihi ineptire videantur qui tam anxie de necessitate bon. possessionis disputant. Si quidem habet locum in jure apertum, quod praetor quoque olim decrevit b. possessionem iis, qui jure civili admittebantur. Friderus Mindanus de Interd. III. 60. ff. IV. 10 ff. leitet das Interdict aus dem Naturrecht ab; — „non in imperio solum Germanico, sed et in Gallia, Italia, Hispania etc. ejusdem legis tam divinae quam humanae Praetor, possessionem tibi, utpote ex lege vel edicto ipso tibi assignatam, cum omni causa dari ac restitui imperat, quod sententiis dictarum nationum quotidie audimus declarari et pronuntiari in eos, qui pro possessoribus vel praedonibus alienas hereditates vel bon. possessiones injuste detinent.“ Voet (ad Pand. tit. quor. bon.) sagt, es sei kein Zweifel, daß das Remed. ex l. ult. C. etc. noch praktisch sei. Sed et generalius receptae immissiones in possessionem rerum hereditariarum (das ist eben das Int. quor. bon.) quando de hereditate controversia est, etiamsi ab intestato delata sit, immisso interim eo, qui potiora jura videtur habere, ac repulso interim altero, qui se heredem esse contendit, arg. l. ult. in med. C. de ed. d. Hadr. toll. Quales in domum mortuariam immissiones nonnullorum moribus intra annum et diem petendae, sic ut eo tempore praeterlapso ad ordinarium judicium petitionis hereditatis confugiendum sit, licet aliis, et inter hos Ultrajectinis, illa ad annum et diem restrictio probata non sit. Wenn also Roßhirt sagt (s. §. 155. Note 5.), auch bei uns ständen die Erbschaftsangelegenheiten aus dem Standpunkte des öffentlichen Interesses unter der Beiwirkung des Gerichts, so ist das ganz richtig, nur muß man damit nicht die practische Geltung der bon. possessio beweisen wollen.

Gerade diese Zusammenfassung der beiden Römischen lechtsmittel zu einem Ganzen ist der Beachtung werth. Man at von jeher in Deutschland sowohl die **missio** als das Inerdict **remedia adipiscendae possessionis**, oder umgekehrt nissiones in possessionem genannt. Es ist dies ein Kenneichen der gewohnheitsrechtlichen Anschauung, daß man das lnsuchen des **scriptus heres** und das eines Intestaterben auf Einweisung in den Besitz mit gesundem Tacte stets als völlig leichartige Rechtsmittel behandelte. Aber nicht bloß vom ractischen Standpunkte aus erscheint dies als gerechtfertigt, nsere obigen Untersuchungen ergeben vielmehr, daß die Beandlung Beider als ein einziges Institut auch vom historichen Gesichtspunkte aus vollkommen richtig ist. Mir fällt naürlich nicht ein, zu behaupten, daß im klassischen Juristenecht und auch nicht einmal im Justinianeischen Recht sämmtiche Missionen mit sämmtlichen Interdicten **adipiscendae** **ossessionis** gleichartig seien. Wohl aber habe ich nachgeviesen, daß in der späteren Kaiserzeit und so auch in der Justinianeischen Compilation diese eine **missio** und dies eine Interdict zu Rechtsmitteln ganz gleichen Characters geworden, ınd nur durch die verschiedenen Erbklassen, auf welche sie sich eziehen, getrennt sind.

Hiernach ist es also aus doppeltem Grunde passend, daß wir jenen hergebrachten Ausdruck „Einsatz" in seinem lten Besitzstande lassen. Aber wir müssen uns hüten, durch dieses Deutsche Wort auf einen Irrthum zu verfallen, der freilich leicht genug vermieden werden kann, und dessen man uch bisher bei Gebrauch des Wortes sich nicht schuldig gemacht hat. Man könnte nämlich aus dem Deutschen Ausdrucke abeiten wollen, es liege hier auch ein ganz Deutsches Institut oor, bei dem daher von einer Anwendung der im **Corpus juris** enthaltenen weiteren Bestimmungen über die **missio** und das Interdict nicht die Rede sein könne. Wer aber etwas genauer die Quellen kennt, aus denen wir hier schöpfen, ja wer auch nur die Stelle des Giphanius (s. Note 1.) liest, wird von einem solchen Gedanken leicht zurückkommen. Die Lehre vom Einsatz ist nichts als die Lehre von der Hadrianischen Mission und vom Interdict, welche beide Rechtsmittel durch ent-

schiedenes Gewohnheitsrecht gemeinrechtlich recipirt sind, für die also auch sämmtliche Regeln des Justinianeischen Rechtes gelten, soweit sie nicht wiederum durch entschiedenes gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht modificirt wurden.

Wir haben nun in diesem Kapitel zuerst noch etwas genauer auszuführen, daß beide Rechtsmittel in der That gemeinrechtliche Geltung haben, sodann ist zu fragen, in wie weit sie durch Deutsche Rechtsüberzeugung eine Umgestaltung erfuhren, und endlich haben wir dann das gesammte practische Recht des Einsatzes als das Resultat der bisherigen Untersuchungen zusammenzustellen.

§. 191. Daß die **missio Hadriana** gemeinrechtlich recipirt sei, ist so sehr außer Frage, daß es unnöthig sein würde, hier noch einen besonderen Beweis zu unternehmen. Von dem **Int. quor. bon.** dagegen muß freilich anerkannt werden, daß es particularrechtlich in einzelnen *Ländern* entschieden ausgeschlossen ist, wie ich dies oben bereits für Baiern angeführt habe (§. 187. Nr. 18.). Aber nichtsdestoweniger ist die gemeinrechtliche Geltung des Interdicts, als eines lediglich de possessione handelnden Rechtsmittels, nicht zu bezweifeln. Dieselbe wird sogar von denen nicht geläugnet, welche mit Savigny behaupten, daß es im Römischen Rechte eine ganz andere Bedeutung gehabt habe [1]). Und wer die Literatur des Interdicts [2]) auch nur einigermaßen durchmu-

1) Puchta Pandekten §. 519., theilweise auch Bayer Conc. Pr. §. 71.

2) Man sehe: Rogerius Summa zum Codex ad tit. quor. bon. (Savigny Gesch. d. R. R. im M. A. IV. S. 436.). Placentinus Summa in Cod. ad tit. quor. bon. Azo Commentar. in Cod. ad tit. quor. bon. und dessen Summa zum C. ebendas. (wo ich bei den Folgenden keine besondere Stelle citire, ist immer: ad tit. quor. bon. hinzuzudenken). Cinus ad Cod. Bartolus ad Rubr. Cod. quor. bon. Baldus eod. Salicetus eod. Ripa ad Dig. quor. bon. Raph. Fulgosius ad Rubr. Cod. quor. bon. Menoch Remedia adip. poss. (Int. quor. bon.). Oldendorp. Action. forens. prog. Class. II. act. I. Schneidewinus ad I. de Interd. §. 9. sqq. Cujacius Recit. in Cod. Friderus Mindanus de Interdictis (Francof. 1621.) III. 58. V. 10. VII. 81. VIII. 8. IX. 51. XI. 98. XIX. 11. XX. 41.

ert, ersieht leicht daraus, daß, wenn gleich man über das Verhältniß desselben zur missio Hadriana keineswegs einig war, doch im Allgemeinen seine Geltung neben der letzteren stets auf constantem Rechtsbewußtsein geruht hat. Einzelne Fälle seiner Anwendung in Deutschland lassen sich leicht zusammenbringen [3]).

Indessen hat das Interdict in der neueren Zeit eine ganz entschiedene Umgestaltung erfahren. Es ist, von Anbeginn der Literatur über das Römische Recht, einstimmige Ansicht gewesen, daß es nicht bloß als directum dem bonorum possessor, sondern als utile jedem heres auch ohne Agnition der b. p. zuzugestehen sei. Dieser Satz zieht sich von der Summa des Rogerius an unverändert [4]) durch die Litera-

XXI. 15. XXVI. 51. ff. 117. sodann die specielle Darstellung des Int. quor. bon. Tit. XVI. v. p. 652 an. Brunnemann Comm. ad Pand. Hahn ad Wesenbecium. Schilter Praxis jur. Rom. Exerc. 47. §. 23. Lauterbach Coll. theor. prac. Müller ad Struvium. Wissenbach Exerc. ad Pand. ad tit. de Interd. und quor. bon. Huber Praelect. jur. civ. ad tit. Dig. de Interd. u. quor. bon. Dominici Tusci Pract. conclnss. ad voc. Int. quor. bon. Wernher Observ. forens. II. Pars VIII. Observ. 407. II. Pars IV. Observ. 14. Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 500. Voet Comment. ad Pand. Die neueren Schriftsteller sind schon im Laufe dieses Werks oft citirt worden.

3) s. z. B. Leyser, der einige Fälle mittheilt. Aus persönlicher Erkundigung weiß ich, daß bei mehren Ober-Appellations-Gerichten das Interdict als entschieden gemeinrechtlich gültig anerkannt wird (Lübeck, Celle, Cassel). — Beiläufig mag hier noch angeführt werden, daß auch die Rota Romana das Interdict für praktisch erklärte. s. Martae Digesta novissima totius juris universi. Francof. 1680. sub voce: Interdicta. Tom. I. p. 243.

4) Von den übrigen Juristen scheint Schilter a. a. O. abzuweichen, es ist aber mehr zum Schein, als in Wahrheit. Er sagt, wenn man die b. p. nicht vor dem Richter agnoscire, so müsse man dann im Interdictsproceß beweisen: se proximum defuncti esse. Um diesem zu entgehen, sei es daher noch immer nützlich, die b. p. vor dem Richter zu agnosciren (s. §. 184 Note 7a). Schilter erkennt also doch ebenso wie alle übrigen Schriftsteller an, daß man das Interdict auch ohne Agnition vor dem Richter habe, und seine Ansicht läuft also nur auf eine eigenthümliche Auffassung des im Interdictsproceß zu Beweisenden hinaus, über welchen Punkt, wie wir

tur hindurch, und es giebt kaum einen Schriftsteller, der, wenn er die Grundsätze des **Int. quor. bon.** überhaupt darstellen wollte, ihn nicht erwähnt hätte. Es ist von ganz besondern Wichtigkeit sich den Grund klar zu machen, auf welchen man sich dabei gestützt hat, um nach den allgemein bekannten Grundsätzen des Gewohnheitsrechts zu prüfen, ob wir hier in der That einen für uns völlig feststehenden Rechtssatz vor uns haben. Und wir können dies, wie mir scheint, ganz unbedenklich bejahen.

Es ist bekannt, daß, wenn ein bisher constant angewandter Rechtssatz auf einer irrthümlich interpretirten Stelle des Römischen Rechts ruhte, und man stets die Absicht hatte, das reine R. R. anzuwenden, der ganze Rechtssatz, sobald man die Falschheit der Interpretation erkennt, von selbst hinwegfällt. Wenn aber ein Rechtssatz freilich ebenfalls durch falsche Interpretation äußerlich hervorgerufen ist, sich aber daneben (sei es von Anfang an, sei es erst *nach und nach durch* die bisherige Uebung erzeugt) das entschiedene *Rechts*bewußtsein selbständig gebildet hat, der Rechtssatz sei ein passender und bindender (**opinio necessitatis**), so steht er *als* Gewohnheitsrecht fest, auch wenn wir hinterdrein die Irrthümlichkeit der veranlassenden Interpretation einsehen. Das Beispiel der Provocationen ist bekannt genug.

Etwas Aehnliches begegnet uns hier. Es haben von jeher viele Schriftsteller schon im Römischen Rechte, und zwar vorzugsweise in **l. 1. C. quor. bon.** [5]), den Satz zu finden gemeint, daß das Interdict jedem **heres** auch ohne Agnition der **b. p.** zustehe. Das ist nun freilich, wie wir gesehen haben, nicht der Fall, aber dieser falsche Glaube traf mit der durchaus selbständigen Rechtsüberzeugung zusammen, daß der Richter bei jeder Erbschaft durch Besitzeseinweisung müsse thätig sein können (s. §. 190. Note 2.). Man begründete das Interdict sogar auf das Naturrecht, und auch wer solchen

---

nachher noch sehen werden, sehr verschiedene Ansichten aufgestellt sind.

5) Die richtige Interpretation dieser Stelle s. Bd. I. S. 389. f. auch §. 148. Note 10.

Theorien nicht anhing, erkannte doch an, daß ein solches Einreifen des Richters, das sich auch noch in Sequestration oder Anordnung eines Curators äußern kann, durch ein öffentliches Interesse geboten werde [6]). Es existirt also ein wahres, jedenfalls nach und nach von der l. 1. C. quor. bon. ganz unabhängig gewordenes Rechtsbewußtsein, daß das Interdict, ohne Beschränkung auf Agnition vor einem Richter und in gewisser Frist, jedem heres zustehe.

Schon durch diesen Beweis ist das gemeinrechtliche Bestehen unseres Satzes außer Zweifel. Es kommt aber noch ein anderer Grund hinzu. Allerdings ist es möglich, daß jene l. 1. die Veranlassung desselben gewesen ist, aber von der anderen Seite ist es doch durchaus nicht sicher zu beweisen. Es sind nämlich im Verhältniß gar nicht so viele Schriftsteller, welche diese Erweiterung des Interdicts deßhalb annehmen, weil sie im Römischen Rechte gegolten hätte [7]), sondern die ratio der Meisten war, daß, da die hereditatis petitio als directa dem heres und als utilis dem b. possessor zustehe, es nun unnatürlich sein würde, wenn nicht auch umgekehrt das Interdict, welches der b. possessor als directum habe, als utile dem heres gegeben würde. Man erkannte es geradezu an, daß dies gegen die ausdrücklichen verba des Prätorischen Edicts sei, aber man meinte, eine solche Lücke in der Rechtsbildung müsse nothwendig ex mente Praetoris ausgefüllt werden [8]).

6) Auch Leyser begründet das Int. aus der summa aequitatis ratio, es sei namentlich bei uns so practisch brauchbar, weil in neuerer Zeit die Erbschafts-Processe so lange zu dauern pflegten. Die richtigen Gründe, aus denen das Interdict auch bei uns als ein zweckmäßiges Institut erscheint, sind bereits im §. 145. (von Note 6 an) entwickelt.

7) Besonders deutlich spricht diese Ansicht Hahn ad Wesenb. aus: „utile Interdictum, quod heredibus juris civilis, ex pacto item, vel statuto aut consuetudine per l. 1. C. h. t. (datur)“ — s. auch Huber l. c.

8) Schon Placentin und Azo stellen das utile Interd. mit der her. pet. utilis zusammen, doch erst seit Bartolus (l. c. §. 7.) tritt es ganz klar hervor, daß man es als Grund betrachtete: weil der b. possessor die her. pet. utilis habe, so müsse dem heres das utile Interdictum zustehen. s. Baldus, Ripa, Raphael Fulgosius. l. c. Besonders charakteristisch ist die Darstellung des Sali-

Von einem Streit, ob in der That diese Annahme zulässig sei, ist nie die Rede gewesen, nur darüber war man nicht einig, ob dem heres nicht sogar geradezu das directum Interdictum zugestanden werden müsse. Die Meisten freilich bi-

cetus: dicit glossa, quod directum datur b. possessori de jure praetorio, utile autem datur heredi de jure civili (fr. 1. D h. t.), et ratio hujus potest esse, quia in b. possessore de jure praetorio concurrunt mens et verba praetoris, in herede vero de jure civili mens tantum deficientibus verbis, quum verba praetoris in eo, cui data est b. p., loquantur. ut patet in fr. 1. D. h. t. argum. fr. 7. §. 1. de jurisd. et fr. 2. §. 4. (l. „haec actio") si quadrupes pauperiem. — Zuerst habe der Prätor dem b. possessor die utilis her. pet. gegeben, dann aber habe er noch ein Interdict aufgestellt, er habe dies an und für sich nur für den edicirt, welcher veniebat ad successionem beneficio suo tantum. Ebenso kam auch das jus civile an und für sich dem successor ex jure Praetorio nicht zu Statten, und doch hat er die utilis her. pet. Sed quum mens Praetoris ut dixi nisa fuit successori contra occupatores bonorum hereditatis, ideo ex interpretata mente competit utile Int., ut taliter consulatur per praetorem heredi de jure civili, qualiter per jus civile reperitur consultum ei, qui venit de jure praetorio tantum. — Ebenso Menoch (§. 33. ff.): quum adinventum sit Int. pro b. possessore ex jure Praetorio, — in b. possessore concurrunt mens et verba edicti, in herede vero solum mens edicti, — also könne das Interdict hier nur utile sein. (Dies geht gegen Cinus ad tit. quor. bon. und Andere, namentlich Jacobus de Arena und Petr. della Bell., welche dem heres das directum Int. zusprachen, weil die b. p. das schwächere Recht sei, also vom minus auf das majus geschlossen werden könne, und ferner weil die b. p. das spätere Recht sei, welches das Civilrecht in sich aufgenommen habe). S. ferner Schneidewinus l. c. §. 13. — Friderus Mindanus (Int. quor. bon. §. 45.) lehrt aus sehr eigenthümlichen Gründen wieder zu dem Satze zurück, daß der heres und so auch der, welchem vigore statuti vel consuetudinis ein Erbrecht zustehe, das directum Interdictum habe. — Müller ad Struvium setzt zu den Worten Struve's (§. 15), (daß das Int. juxta jus Roman. nur dem b. possessor, und dem heres nicht als solchem, sondern wenn er b. p. agnoscire, gegeben werde) Folgendes hinzu: Accommodatur etiam ad Dd. comm. utile Interdictum heredi civili tam ab intestato quam ex testam. — s. auch Leyser, bei dem ebenfalls von einer Berufung auf l. 1. C. quor. bon. nicht die Rede ist.

m beim utile stehen, ebenso wie man auch die allgemein zugestandene Ausdehnung auf das Lehnrecht ein utile Interdictum nannte.

Jedenfalls sieht man, daß hier eine ganz selbständige, und selbstschaffende Rechtsüberzeugung vorliegt, wie sie das Charakteristische des Gewohnheitsrechts ist, und mag nun die l. 1. C. quor. bon. überhaupt daneben noch mitgewirkt haben oder nicht, so erscheint doch immer die gewohnheitsrechtliche Geltung des so bedeutend erweiterten Interdictes als vollkommen feststehend.

Allerdings ist diese Abweichung des neueren Rechts vom Römischen bedeutend. Während wir im vorigen Kapitel gesehen haben, daß die neuere Zeit für die Antretung der Prätorischen Erbklassen unbewußt zu demselben Ziel gelangt ist, welches auch schon Justinian erreicht hatte, so bildet hier das neuere Gewohnheitsrecht eine wahre Fortentwickelung des Justinianeischen. Im vierten Buche ist nachgewiesen worden, daß Justinian für das Interdict noch ganz die Regeln des successorium edictum und die Agnitionsvorschriften in bestimmter Frist und vor einem Richter festgehalten hat. Alles dies ist jetzt hinweggefallen, man gesteht das Interdict jedem heres auch schon in Folge einer bloßen Privatantretung zu, und man hat von jeher unter diesem Worte heres nicht bloß die Römischen Civilklassen, sondern auch die durch neueres statutarisches oder Gewohnheitsrecht Gerufenen, also namentlich auch die vertragsmäßigen Erben verstanden 9). Wenn daher von manchen Schriftstellern an der einen Stelle gesagt wird, das Erforderniß des Int. sei die Agnition der b. p., so ist dies nur formelle Wiederholung des R. Rechts, wie sie in unserer Literatur so viel sich findet, ohne daß man die Absicht gehabt hätte, der an einer anderen Stelle bemerkten Ausdehnung des Interdicts auf den heres irgend zu widersprechen 10).

Hiernach leuchtet es nun auch ein, daß, wie ich schon mehrfach im vorigen Kapitel bemerkte, das Interd. quor. bon. ganz aus der Lehre von der b. p. ausgeschieden worden

9) Nur den Fiskus und überhaupt die, welche ein Recht auf die bona vacantia haben, wird man nicht wohl dazu zählen können.

10) s. z. B. Friderus Mindanus. Int. quor. bon. §. 40.–44. in Vergleich mit §. 45. ff. Schneidewinus l. c. §. 23. u. 24.

doch einmal das Corpus juris für einen und denselben Fall äußerlich zwei Rechtsmittel darbiete, indem neben der missio die ausdrücklich für die testamentarische Succession bestimmt sei, das auf alle Erbklassen sich beziehende Int. quor. bon. auch für den scriptus heres aufrecht erhalten werden müsse. Man kannte nicht genug die historische Entwickelung beider Rechtsmittel in der Vorjustinianeischen Kaiserzeit, man berücksichtigte nicht genug die Art und Weise, wie Justinians Arbeiter in so vielen Lehren compilirt haben, und so konnten denn manche Schriftsteller sich nicht mit dem Satze befreunden, daß das generelle den Worten nach allen Erbklassen zustehende

(Int. quor. bon. §. 25.—33.) sagt ausdrücklich, das Interdict stehe nur den Intestaterben zu, nicht den testamentarischen, denn es sei ja nicht zu begreifen, weßhalb für Letztere das remed. ex l. ult. C. cit. bestehe. Indeß könnten von einem instituirten Intestaterben beide cumulirt werden, wenn er nicht genug auf Eins von beiden traue. s. noch z. B. Dominic. Tuscus l. c. und besonders Leyser Spec. 500. Nr. 5—8. — Andere Schriftsteller wollen beide Rechtsmittel auf verschiedene Weise auseinander halten. Die Einen sagen, (z. B. Azo Comm. ad Cod. ad tit. quor. bon.) „das Remed. habe man nur aus einem testamentum non cancellatum, non vitiatum, wo aber diese Eigenschaften fehlten, könne man immer noch mit dem Interdict klagen." Damit wären also die positiven Vorschriften Justinians über das äußere Unverletztsein des Testaments ganz hinweggeräumt. — Andere stellen beide Rechtsmittel so nebeneinander, daß man nicht recht sieht, ob sie beide auch in einem und demselben Fall dem Erben zugestehen wollen. So sagt Voet (ad tit. quor. bon.), neben dem Interdict bestehe noch für die testamentarische Succession das Rem. ex l. ult., ganz ähnlich in seinen Wirkungen, und nur dadurch unterschieden, daß es ein specielles Rechtsmittel für die testamentar. Succession sei und sich nach bestimmten Regeln richte, während beim Interdict die summaria cognitio nur aus den allgemeinen Regeln der Interdicte und der act. ad exhib. folge. — Noch Andere bringen nun gar auch die her. pet. possessoria dazwischen, die sie für ein possessorisches Rechtsmittel halten, wobei sie aber doch zugestehen, daß dies heutzutage nicht mehr in Gebrauch sei. „Hodie ut plurimum utuntur remedio l. ult. C. de ed. div. Hadr." sagen gleichlautend Brunnemann Comm. ad Pand. ad tit. de her. pet. poss. und Müller ad Struvium. eod. — In der Nürnberger Reformation (§. 187. Nr. 9.) ist das Verhältniß der missio und des Interdicts richtig so ausgesprochen, wie wir es uns auch gemeinrechtlich zu denken haben.

nterdict in dem speciellen Falle des scriptus heres durch die l. t. C. cit. absorbirt sei. Lieber erklärten sie deßhalb ausdrück: h (was doch die in Note 2. citirten Schriftsteller sämmtlich rmeiden), daß der scriptus heres in der That zwei Klagen abe, wobei denn entweder willkührlich die eine noch als die ortheilhaftere bezeichnet, oder auch ganz nackt ausgesprochen urde, der Vortheil liege eben nur darin, daß man hier für enselben Zweck zwei Rechtsmittel hintereinander habe [3])!

Ganz abgesehen nun von unserer Argumentation, daß ustinian durch gar keinen Umstand zeigt, er habe das Recht er vorhergehenden Kaiserzeit verändern wollen, abgesehen von em Charakter der l. ult. C. cit., welcher ein anderes Rechts: ittel auf gleichen Zweck durchaus nicht duldet, so reichen wir, äucht mich, hiergegen schon mit Folgendem aus. Angenom: nen es sei ganz zweifelhaft, welche von beiden Ansichten die ichtige sei, sollen wir da als die wahrscheinliche Absicht Ju: tinians die annehmen, welche ein durchaus vernünftiges Re: ultat abgiebt, und für den practischen Zweck vollkommen ge: nügt, oder die, welche uns zu höchst sonderbaren ja ganz un: uristischen Ergebnissen führt? Und wäre es etwa nicht unju: istisch, daß, sobald wir beide Rechtsmittel dem scriptus he- res gewähren, wir anerkennen müßten, es könne unter den: elben Parteien über denselben Gegenstand allenfalls zweimal de possessione entschieden werden? Ich denke doch, daß es unsere, der Juristen, Pflicht ist, da, wo die Rechtsquellen zweifelhaft sind, sie mit gesundem Sinn so zu interpretiren,

3) Raphael Fulgosius (ad l. 1. C. quor. bon. §. 2.) legt großes Gewicht auf seine Ansicht, daß das Interdict noch ein besseres possessorium sei, als das Remed. ex l. ult. C., also könne der filius praeteritus gegen den missus erst mit dem Interdict, und dann mit der her. pet. klagen. (Eine ähnliche Ansicht ist §. 147. Note 4. erwähnt). — Salicetus (ad l. 2. C. quor. bon.) sagt, es scheine, daß für die sec. tab. b. p. das Interdict nicht bestehe, weil hier mit einem anderen Remedium geholfen werde, und sonst schiene dies Remed. ex l. ult. C. überflüssig erfunden zu sein. Sed teneo contrarium, quia verba edicti late patent, et indistincte loquuntur, nec unum superfluum est per aliud, quia interest nostra plura remedia habere, et istud est de mente Cyni. — s. auch §. 162. Note 3.

daß der ebenmäßige Organismus des Rechts dadurch nicht gestört werde!

Ueberhaupt ist dies einer der Fälle, worin sich das vielfach befolgte, und ich muß sagen unglückliche, Streben zeigt, sobald die Quellen irgend dazu Veranlassung boten, Rechtsmittel auf Rechtsmittel zu häufen, damit die besiegte Partei dieselbe nur etwas anders formulirte Frage immer wieder von Neuem zum Proceß bringen könne. Als wenn nicht gerade umgekehrt die richtige Handhabung des Rechtes darin bestünde, daß dasjenige, was wahrhaft **eadem quaestio** bildet, auch in einem einzigen Proceß zusammen erledigt werde! Die Endlosigkeit der Processe kann nicht bloß durch zu weitläufiges Verfahren, durch übermäßige Zahl der Instanzen, sie kann auch durch unnütze Zerspaltung der Rechtsmittel bewirkt werden.

2. *Es steht also nach dem Bisherigen fest*, daß das Rechtsmittel des Einsatzes für den *testamentarischen Erben* die **missio Hadr.** für den Intestaterben das ***Int. quor. bon.*** ist. Indem beide so nach den verschiedenen Erbklassen auseinanderfallen, unterscheiden sie sich auch noch dadurch, daß bei der ersteren gemessene Rechtsvorschriften bestehen, nach denen, wenn der **scriptus heres** ihnen genügt, also eine äußerlich fehlerlose Testamentsurkunde vorgebracht hat, der Richter nun in Folge der Rechtsvorschrift das Testament als ein gültiges zu präsumiren, und den Einsatz zu vollziehen hat, ohne noch etwa andere Punkte über die wahrscheinliche Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments hineinziehen zu dürfen[4]. Dagegen bei dem Interdict, also für den Einsatz der Intestatklassen, haben wir gar keine formelle Rechtsvorschriften, nach denen die Wahrscheinlichkeit der Erbberechtigung vom Richter bemessen werden soll. Es ist hier also Alles dem eigenen freien **arbitrium** des Richters in Beurtheilung jener Wahrscheinlichkeit überlassen.

---

4) Außer wenn bereits die Gewißheit der Ungültigkeit des Testaments feststeht; also z. B. gleich ein anderes Testament vorgewiesen wird, welches entschieden jünger ist, so kann natürlich der im früheren Testament Instituirte den Einsatz nicht erhalten, vielmehr kann nun eben der Erbe des zweiten Testaments darauf antragen. s. Bayers Concurs-Proceß §. 70. Note 6.

Ich habe bereits im §. 146. (Text von Note 6. an) entwickelt, daß mir in dieser Stellung des Einsatzes bei den Intestatklassen durchaus nicht eine Gefahr vor blinder regelloser Willkühr des Richters zu liegen scheint, daß es vielmehr umgekehrt nur bei der testamentarischen Klasse in dieser Hinsicht einer bestimmten Rechtsvorschrift bedarf. So war es auch schon früher in der b. p. der klassischen Juristenzeit, und die missio hat sichtlich die Idee der für die sec. tab. b. p. früher aufgestellten Regel in sich aufgenommen. Dagegen für die Intestatklassen ist es, ganz abgesehen von der Zweckmäßigkeit, auch gar nicht einmal möglich, durch eine ähnliche allgemeine Rechtsregel, wie bei der testamentarischen Klasse, gewisse Punkte festzustellen, woraus die Wahrscheinlichkeit des Erbrechts soll geschlossen werden können. Es bleibt also nichts übrig, als es dem arbitrium des Richters zu überlassen, und daß dies auch nicht so gefährlich sei, sieht man schon daraus, daß, wo unsere Lehre in Particularrechten auftritt (wie in der Nürnberger Reformation), man es gar nicht für nöthig gehalten hat, die gemeinrechtliche Unbestimmtheit im Einsatze der Intestatklassen zu verändern.

Ein anderer wichtiger Unterschied zwischen der missio und dem Interdict ist noch der, daß bei ersterer dem scriptus heres die Anrufung der richterlichen Beihülfe zum Einsatz auch ohne das Vorhandensein eines Gegners möglich ist, während das Interdict nur dadurch begründet wird, daß ein Anderer als pro herede oder pro possessore possessor bereits im Besitze der Erbschaft sich befindet. Auch davon, und von dem inneren Grunde, wonach dieser Unterschied durchaus nicht unpassend erscheint, ist schon oben (§. 146. Note 5.) die Rede gewesen.

3. Abgesehen von diesen äußeren Unterschieden sind nun aber beide Rechtsmittel innerlich durchaus gleichartig. Sie sind schon in der späteren Römischen Kaiserzeit zusammengeschmolzen, und bilden auch in ihrer Anwendung in Deutschland, mag man sie nun missiones in bona oder remedia adipiscendae possessionis nennen, eine einzige Lehre des Einsatzes. Das Wichtige, was darin liegt, ist nach Römischer Ausdrucksweise, daß sie, falls überhaupt ein Gegner vorhanden ist, resti-

tutorische Rechtsmittel sind, während der Einsatz des scriptus heres ohne einen Gegner prohibitorischen Charakter hat, — und ferner daß durch den Einsatz die wahre possessio, der juristische Besitz erworben wird. Freilich war das Rechtsmittel, das Hadrian für den testamentarischen Erben einführte, eine missio, und wird damals nach der allgemeinen Regel für Missionen nur Detention ertheilt haben, aber als es dann in der späteren Kaiserzeit zuerst „ex more" und darauf durch besondere kaiserliche Sanction das Interdict ganz verdrängte, als man ausdrücklich sagte, daß die Agnition der b. p. und in Folge deren das Interdict ganz unnöthig sei, da man schon durch die Missio dasselbe erlange, — damals kann man letzterer denn auch unmöglich weniger Effect beigelegt haben, als das Interdict, das auf adipisci der possessio ging, gehabt hatte. Und daß dann Justinian dies wieder abzuändern durchaus nicht die Absicht hatte, sieht man aus der l. ult. C. de ed. d. Hadr. toll., wenn gleich auch darin vom Detiniren und von missio in possessionem die Rede ist, zur Genüge [5]).

4. Während wir also in dem allgemeinen Effecte beider Rechtsmittel eine Verschmelzung anzunehmen haben, so muß gleich noch ein Punkt erwähnt werden, von dem es sehr zweifelhaft ist, ob auch hier eine Ausgleichung eingetreten sei, oder ob wir ihn den unter Nro. 2. erwähnten äußeren Verschiedenheiten beizuzählen haben. Da aber dieser Punkt in andere Lehren einschlägt, die den Gränzen dieses Werks fern liegen, so kann ich über denselben nur kurze Andeutungen geben. Es fragt sich nämlich, wer für die missio Hadriana, und wer für das Int. quor. bon. der competente Richter sei?

In Beziehung auf die erstere ist die Antwort, wie für das Römische Recht, ebenso auch wohl für die Deutsche Praxis unzweifelhaft. Der judex rei sitae hat exclusive darüber zu entscheiden [6]). Umgekehrt aber ist für das Interdict im älteren Römischen Recht wohl unbedenklich anzunehmen,

5) Offenbar behandelt Justinian hier die Ausdrücke: mittatur in possessionem und: et ei acquiratur possessio als gleichbedeutend.

6) l. un C. ubi de her. ag. (3. 20.).

aß es sich nach der allgemeinen Regel aller in rem und in ersonam actiones [7]) gerichtet habe, und in foro domicilii ngestellt werden mußte [8]). Das forum rei sitae ist erst im Jahr 385 für die actiones in rem eingeführt [9]), und der Versuch, es bereits aus der l. un. C. ubi de her. ag. erauszuinterpretiren, hat sehr wenig für sich. Erst seit dem Jahre 385 kann man daher dies forum rei sitae auf die her. pet. ausgedehnt haben. Für das Int. quor. bon. ist damit noch nichts bewiesen, denn es hatte sich in der späteren Kaiserzeit von der her. pet. sehr viel mehr entfernt, als dies früher der Fall gewesen war. Wann also, und ob durch analoge Ausdehnung von der her. pet. oder von der missio Hadriana aus, der judex rei sitae beim Interdict zugelassen wurde, ist gänzlich unklar. Jedenfalls muß dies seit der Novelle 69, in der ausdrücklich auch von den Processen de possessione die Rede ist, angenommen werden [10]). Aber wir gelangen hiermit doch nur dazu, daß von jetzt an das forum rei sitae mit dem des Domicils concurrirt, nicht aber zu der exclusiven Competenz des ersteren, wie sie für die missio Hadriana feststeht. Sollen wir nun also sagen, daß der testamentarische Erbe auch heutzutage allerdings durchaus an den judex rei sitae gebunden sei, daß aber die Intestaterben, wenn sie den Einsatz verlangen, auch den persönlichen Gerichtsstand des Bekl. wählen können?

Ich denke, wir dürfen dies verneinen. Wenn man berücksichtigt, daß der Einsatz für die testamentarische Klasse practisch immer die Hauptsache ist, daß der Einsatz der Inte-

---

7) Vat. Fragm. §. 326. s. darüber besonders Bethmann-Hollweg Versuche S. 51.

8) Arndts Beiträge I. 114. Allerdings kann man hier aus dem Verhältniß, in welchem das Interdict zur her. pet. stand, von letzterer auf ersteres schließen; aber freilich nicht in der Art, wie dies Arndts thut. Ich brauche dies wohl nicht weiter auszuführen. Außerdem spricht auch die l. 2. C. de interd. (vom J. 260.) und ihr wahrscheinlicher Zusammenhang mit der in Note 6. citirten Stelle, sehr für diese Annahme, wie Arndts a. a. O. S. 116. nachweist.

9) l. 3. C. ubi in rem act. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 61. ff.

10) Bethmann-Hollweg S. 66. ff.

staterben, wenn auch gemeinrechtlich zulässig, doch selten vorkommt, und jedenfalls sich jenem als gleichartig anschließt, so darf man wohl sagen, daß überhaupt die exclusive Competenz das **forum rei sitae** allgemein für die Lehre des Einsatzes anzuerkennen ist. Es wird Niemand läugnen, daß es sehr unpassend sein würde, wenn die Intestatklassen hier anders stehen sollten, als der **scriptus heres**. Man wird ferner es auch nicht für unpassend erklären, daß über die Einweisung in den Besitz nur der Richter der belegenen Sache entscheiden kann. Es fragt sich also lediglich, ob die Ineleganz, die sich hier für die Intestatklassen in den Römischen Quellen zu finden scheint, lediglich durch neue Gesetzgebung getilgt werden kann, oder ob die Wissenschaft berechtigt ist, sie nach dem Wesen der Sache auszugleichen. Ich glaube, wir sind zu dem Letzteren berechtigt, und dürfen, da für das Interdict doch jedenfalls sich nichts direct Widersprechendes in den Römischen Quellen findet, den für die **missio** entschieden feststehenden Rechtssatz auch als für das gleichartige Interdict geltend annehmen, so wenig sich im Uebrigen die Wissenschaft und das Gewohnheitsrecht für exclusive Competenz des **forum rei sitae** bei **in rem actiones** festgestellt hat [11]).

§. 193. — 5. Gegenstand des Einsatzes. — Es ist bereits im dritten Buche nachgewiesen worden, daß unsere beiden Rechtsmittel schon in der vorjustinianeischen Kaiserzeit rücksichtlich des Gegenstandes vollkommen gleichstehen. Beide sind nach der technischen Ausdrucksweise der Quellen (s. §. 144. Nro. 2. §. 162. zu Note 2.) auf die **corpora hereditaria** [1]), oder, wie man auch sagte, auf die **res, quae**

11) Bethmann-Hollweg S. 73.

1) Nach Römischer Auffassung sind hierunter nur die wahrhaft-körperlichen Sachen der Erbschaft verstanden. Nun aber fragt sich, ob hierin dadurch eine Veränderung eingetreten sei, daß das deutsche Recht einen Quasibesitz bei allen den Rechten anerkennt, an welchen eine rechte Gewere Statt fand, oder welche nach neuerer Ausdrucksweise auf Grund und Boden radicirt sind (Dunker in der Zeitschr. f. Deutsch. R. II. 2. S. 50). In der That bejahen dies viele Schriftsteller, denen zufolge das **Int. quor. bon.** als **utile** auch auf die Sachen gerichtet werden kann, welche, wenn auch an

statoris mortis tempore fuerunt gerichtet, und ist oben mehrfach hervorgehoben, daß man darunter nicht die im Eigenthum des Erblassers stehenden Sachen, sondern lediglich diejenigen verstand, welche er im Momente seines Todes unter seiner factischen Herrschaft hatte. Darin also liegt, daß diese Sachen nicht schon bei Lebzeiten des Erblassers durch Rechtsgeschäfte oder Delicte in den Besitz Anderer gekommen waren, und umgekehrt dürfen sie nicht schon nach dem Tode in den Besitz des Erben gelangt, und so wieder aus dessen Händen gekommen sein, denn mit der Besitzergreifung des Erben hören sie auf **corpora hereditaria** zu heißen. Mithin kann der, welcher jetzt besitzt, sich nur auf eigenmächtige Besitzergreifung der **corpora jacentia** stützen, sei dies **bona** oder **mala fide** geschehen, und danach kann man denn sowohl beim Interdict als bei der Missio (sobald hier überhaupt ein Gegner vorhanden ist) den **pro herede** und **pro possessore possessor** mit ihrer verschiedenen Haftungspflicht trennen [1a]).

Ich brauche zur Erklärung dieser Sätze hier nichts weiter hinzuzufügen. Nur einige Folgerungen, die sich von selbst daraus ergeben, habe ich noch namhaft zu machen:

a. Der Einsatz betrifft nicht die Sachen, welche ein Anderer **titulo singulari** besitzt [2]), und zwar muß hier, wenn

---

sich unkörperlich, doch rebus corporalibus adhaerent; darunter werden dann aufgezählt die Prädial-Servituten, das jus venandi piscandi pascendi, jurisdictio castri, annuae pensiones, jura emphyteutica, feudalia. s z. B. **Menoch** §. 83—86. **Lauterbach** l. c. ad tit. quor. bon. §. 8. **Hahn** ad Wesenbecium ad tit. quor. bon. (Int. utile). **Müller** ad Struvium ad tit. quor. bon. §. 17. Ich habe nicht gefunden, daß man dieser Ansicht widersprochen hat, nur scheint man die Frage neuerdings vergessen zu haben. — Vom Standpunkt des Römischen Rechts scheint entgegenzustehen, daß, was man nicht restituiren kann, nicht in das (restitutorische) Interdict gehört, weßhalb ja auch Servituten nicht in die her. pet. hineinpassen. s. Bd. I. S. 317. Note 2. Doch könnte man vielleicht sagen, das Deutsche Recht sei hier selbständig weiter gegangen, und man könne, da an allen diesen Sachen gleichsam wie an Grundstücken Besitz statt findet, nun auch den Einsatz in denselben verlangen, wenn sie zur Erbschaft gehören.

1a) So geschieht es auch in der Nürnberger Reformation.

2) Ueber diesen Punkt ist viel Zweifel gewesen, ich glaube aber, er ist

Zweifel entstehen, der Kläger beweisen, daß die fraglichen Sachen mortis tempore im Besitz des Erblassers waren (§. [illegible] Note 9.).

b. Ebensowenig, wie mit dem Interdict die debitores belangt werden können [3]), ist auch die missio darauf gerichtet.

c. Natürlich kann weder die missio noch das Interdict gegen Jemanden gerichtet werden, der gar nicht Besitzer ist [4]).

---

so klar, daß es nicht von Interesse ist, die Literatur desselben weitläuftig anzugeben. Auch die, welche die Belangung des titulo singulari possidens läugnen, stützen dies oft auf sehr verkehrte Gründe. s. z. B. Bartolus ad l. 1. C. quor. bon. §. 15. Menoch l. c. §. 60. ff. Schneidewinus l. c. §. 17–30. Besondere Schwierigkeiten machte man sich durch die Frage: wie denn der Bekl., da darunter kein tit. sing. possidens verstanden werde, überhaupt ersitzen könne, und wie nun die Edictsworte: si nihil usucaptum sit (s. Bd. I. S. 101. ff. u. §. 144. Nr. 3.) zu verstehen seien s. Baldus ad Rubr. C. quor. bon. Cinus l. c. §. 2. Salicetus ad Rubr. C. quor. bon.

3) Bd. I. S. 314. ff.

4) Dies sagen schon Bartolus und Andere. Dagegen Menoch (l. c. §. 48.) bezweifelt es, da doch, auch ohne daß der Bekl. besitze, zwischen ihm und dem Kläger Streit sein könne! — Anders ist es, wenn aus besonderem Grunde Jemand als Besitzer fingirt werden kann. Ein solcher Fall wird von Pfeiffer (Pract. Ausf. I. S. 208 ff.) mitgetheilt, wo der Allodialerbe, dem durch Immissionsdecret der Regierung der Besitz überwiesen war, obgleich er die wirkliche Apprehension in Abrede stellte, dem Lehnsfolger gegenüber als Besitzer angenommen werden mußte. Ich muß aber die bei dieser Gelegenheit geäußerte Ansicht Pfeiffers durchaus zurückweisen, „daß der, welchem die missio Hadriana zusteht, ohne Zweifel gegen den, welcher das Int. quor. bon. anstellen könnte, seine Klage zu richten befugt ist, ob wohl derselbe noch nicht Besitzer ist, sondern nur ein Besitzesrecht geltend machen will.“ Also nicht bloß der, qui dolo desiit possidere, sondern auch der, welcher ohne allen dolus noch nicht angefangen hat zu besitzen, der auch nicht einmal liti se obtulit (s. übrigens Bd. I. S. 396. Note 6.), soll belangt werden können! Wie nun aber, wenn er mit seinem Interdict abgewiesen wird, oder den Proceß, weil ihm der Besitz durch jenen Gegner ja doch gleich wieder weggenommen würde, aufzugeben beschließt, soll er da noch immer verurtheilt werden können? Eine ähnliche Ansicht, wie Pfeiffer, spricht Gerau (Zeitschr. XX. S. 287–305) aus, mit ganz unhaltbaren Gründen. — Am Ende wird das Interdict durch

der wir müssen nach den vorher angegebenen Grundsätzen noch nzusetzen, daß auch derjenige Besitzer der corpora hereditaa nicht belangt werden kann, welcher nicht eigenmächtiger ro herede oder pro possessore possessor ist. Dahin gehört inestheils der, welcher bereits selbst den richterlichen Einsatz rlangt hat. Also weder eine Intestatklasse, die mit dem Int. uor. bon. siegte, kann durch die missio Hadriana, noch auch in durch letztere Eingesetzter kann wieder durch einen Anderen ertrieben werden, der sich etwa auf ein äußerlich ebenfalls ehlerloses aber späteres Testament beruft (s. §. 162.), vielmehr muß jetzt immer sogleich die Wahrheit völlig untersucht, d. h. die her. petitio angestellt werden. — Anderntheils gehört hieher ein neuerdings nicht selten vorkommender Fall, wenn nämlich der Richter schon durch anderweitige Verfügung eingegriffen hat, indem er die Erbschaft sequestrirte. Durch Sequestration kann der juristische Besitz übertragen werden, sobald der Wille des Uebertragenden darauf gerichtet ist. Der Richter hat nun die Befugniß, diesen juristischen Besitz der Erbschaft dem Einzelnen nach summarischer Untersuchung zu verleihen. Wenn er dies nun aber nicht thut, sondern ohne das Auftreten der Erbprätendenten abzuwarten, oder auch nachdem schon Mehre mit widersprechenden Ansprüchen aufgetreten sind, die Güter einem Sequester übergiebt, so fragt sich doch, welchen vernünftigen animus wir dieser seiner Handlung zu imputiren haben. Es ist wohl zu bemerken, daß es sich hier um das adipisci der possessio handelt, nicht um die Schützung eines schon vorhandenen oder verloren gegangenen Besitzes. Bei letzteren Fällen hat es Sinn, daß man dem Sequester nur die Detention übergiebt, und ihn als Repräsentanten dessen ansieht, der in Wahrheit besitzt, (was immer Einer von den streitenden Parteien ist), bis dann der Streit über das Recht des Besitzes entschieden ist. Aber von den possessorischen Processen im eng. Sinn scheiden sich die auf adipisci der possessio ihrer ganzen practischen Bedeutung nach vollkommen. Unser Einsatz soll und darf nichts Anderes sein,

---

derartige Argumentationen zu einer reinen Präjudicialklage umgewandelt, woran doch nicht zu denken ist.

als eine rasche interimistische Verfügung des Richters, bis das definitive Recht des Erbewerbens entschieden ist. Wollte nun der Richter bis zur Entscheidung jener raschen interimistischen Verfügung noch eine Sequestration anordnen, d. h. eine andere ebenfalls rasche interimistische Verfügung treffen, so würde er sich selbst widersprechen, er würde in ganz unnützer und verkehrter Weise zwei auf dasselbe Ziel gehende Mittel auf einander häufen. Gestattet der Richter, nachdem er sequestrirt hat, noch das **Interd. adipiscendae possessionis**, so verkennt er das Wesen des Letzteren, und es wird dadurch wieder jener unglücklichen Neigung Nahrung gegeben, Processe auf Processe zu häufen, ohne daß irgend ein practisches Bedürfniß vorliegt [5].

d. Das **Int. quor. bon.** geht auch gegen den, **qui dolo desiit possidere**, wobei denn die Frage entsteht, ob wir dies auf die **missio Hadriana** übertragen dürfen. Gesteht man mir zu, daß beide Rechtsmittel ein einziges gleichartiges Institut geworden sind, so mag dagegen wohl wenig eingewandt werden können.

6. Kläger ist jeder **heres** im weitesten Sinn des Worts, mag er sich auf Römisches Civil- oder Prätorisches, mag er sich auf Deutsches Gewohnheitsrecht rücksichtlich seiner Befugniß der directen Universalsuccession stützen. Also im Gebiete des Römischen Rechts können jedenfalls die testamentarischen [6]) und die Intestatklassen den Einsatz in Anspruch nehmen, dage-

5) Freilich erkennen auch Particularrechte die Möglichkeit des possessorium nach erkannter Sequestration an, s. die Nürnberger und Baseler Gerichtsordnung §. 187. Aber hier bindet den Richter Nichts, die Institute nach dem Wesen der Sache so zu handhaben, wie es einer vernunftgemäßen Gestaltung des Rechtslebens entspricht. Natürlich, wenn der Einsatz so immerfort gehandhabt wird, wie dies freilich bisher oft genug geschehen ist, wenn der Proceß darüber ebenso viel Jahre dauert, als er Tage erfordern sollte, so wäre es allerdings besser, wir hätten das ganze Institut gar nicht, und es gäbe lediglich eine her. petitio. Ganz verkannt ist dies von Gerau a. a. O. S. 305—314.

6) Ob auch der heres ex re certa dazu befugt sei, (s. darüber Ripa ad tit. D. quor. bon. Menoch l. c. §. 37. 38. Schneidewinus l. c. §. 22.) beantwortet sich aus der anderen Frage, wie weit man ihn überhaupt als Universalsuccessor aufzufassen habe. — Unter dem scriptus heres ist aber nicht bloß der in einem Privat-

en müssen wir allerdings wohl die, welche als Notherben auf-
eten, vollkommen davon ausschließen. Nach den neueren Ge-
staltungen des Notherbenrechts (wodurch das formelle ausge-
schlossen ist) wird immer vorausgesetzt, daß der Notherbe ent-
weder mit der querela inoff. (die Geschwister) oder mit der
Klage aus der Nov. 115. (die De- und Ascendenten) auftrete.
Beide Rechtsmittel aber sind hereditatis petitiones, also es
muß, was auch durchaus passend ist, sogleich definitiv über
das Begründetsein des Notherbenrechts entschieden werden.

Im Gebiete des Deutschen Rechtes ist von jeher nament-
lich den vertragsmäßigen Erben, ferner überhaupt denen, welche
vigore statuti oder consuetudinis gerufen werden (s. §. 191.
Note 7. u. 8.), das Recht des Einsatzes zugestanden worden.
Und ebenso hat man nach II. Feud. 26. pr. dem filio vel
agnato ab intestato ad feudum venienti das utile Int. quor.
bon. beigelegt [7]) (s. übrigens noch §. 1. u. 2. eod.).

7. Eine besonders wichtige Frage ist nun aber, was in
dem Processe des Einsatzes zu beweisen sei. Wir müssen in
dieser Hinsicht zwei Klassen genau trennen.

Zuerst hat der, welcher den Einsatz verlangt, in Beziehung
auf die Sachen, welche er in Anspruch nimmt, ein Doppeltes
darzuthun, sobald im einzelnen Fall Zweifel darüber entstehen.
Er muß beweisen, daß die Sachen mortis tempore im Besitz
des Erblassers gewesen waren, und daß dieselben sich jetzt im
Besitz des Beklagten befinden (s. Nro. 5.). Dies sind die beiden
Grundvoraussetzungen des Interdicts, und ebenso ist auch bei
der missio Hadriana jener erstere Beweis stets, der letztere
wenigstens dann, wenn sie gegen einen bestimmten Beklagten
gerichtet wird, eine Nothwendigkeit. Beide Beweise sind auch
bei dem Int. quor. bon. zu allen Zeiten, durch die es sich in
verschiedenen Gestalten hingezogen hat, unverändert vorgekom-
men, und es ist nicht der geringste Grund vorhanden, daß nicht

---

testament, sondern ebenso der in einem öffentlichen Eingesetzte zu
verstehen.

7) Müller ad Struv. ad tit. quor. bon. §. 15. setzt aber mit Recht
hinzu: non vero competit pro adipiscendo feudo, de quo quis
abusive institutus est, ebensowenig wie der Käufer einer Sache
oder der Legatar es anstellen könne.

stets, wenn einer dieser Punkte vom Beklagten in Abrede genommen wurde, vom Kläger wahrer **Beweis** gefordert worden sei. Ich glaube, dies steht durch meine früheren Untersuchungen fest genug, so daß ich es hier ohne weitere Auseinandersetzung auch als practisches Recht hinstellen kann.

Anderntheils aber beziehen sich die Nachweisungen des Klägers noch auf ein anderes Gebiet, nämlich seine eigene **persönliche** Berechtigung. In dieser Hinsicht ist freilich für die missio Hadriana die Frage einfach und leicht zu beantworten. Der Petent muß zeigen, daß er in einem äußerlich gültigen Testamente, wie dies die l. ult. C. cit. genauer vorschreibt, eingesetzt sei. Dies läuft also ungefähr auf dasselbe hinaus, als was in der klassischen Juristenzeit durch die sec. tab. b. p. erlangt wurde. Der b. possessor sec. tab. hatte bei Agnition der b. p. ähnliche bedingende Beweise erbringen müssen, und erhielt dann durch das Int. quor. bon. den Besitz. Nur war der Unterschied, daß der Bekl. dagegen *vernichtende Beweise* vorbringen konnte, während Justinian in der l. ult C. cit. allen Streit über die innere Gültigkeit des Testaments ausschließt. Und so mag es auch wohl schon in der späteren vorjustinianeischen Kaiserzeit gewesen sein.

Wie aber steht es heutzutage mit dem für die übrigen Erbklassen geltenden Int. quor. bon.? Es bedarf keines weiteren Beweises, daß wir dem Recht der klassischen Juristenzeit (Bd. I. S. 386 ff.) gar keine directe Bedeutung für unsere heutige Zeit zusprechen können. Das Interdict, wie wir es haben, ist erst aus den Gestaltungen der späteren Kaiserzeit hervorgegangen. Das aber, was es damals wurde, ist es auch unverändert unter Justinian geblieben, und so folgt denn, daß die Resultate unserer im §. 144. Nro. 1. und 3. gegebenen Untersuchungen die Grundlage für unser heutiges Recht enthalten müssen. In der späteren Kaiserzeit und *ebenso* nach Justinianeischem Recht mußte der Kläger erstens beweisen (und nicht bloß bescheinigen), daß er die b. p. zu rechter Zeit agnoscirt habe. Zweitens aber hatte er jetzt im Interdictenproceß die „bedingenden Beweise“ vorzubringen, welche früher dem Prätor vor Ertheilung der b. p. geliefert werden mußten. Der Richter mußte die Wahrscheinlichkeit der klägerischen Be-

uptungen [8]) und die Unwahrscheinlichkeit der vom Beklagten rgebrachten prüfen. Gesetzliche Vorschriften, nach denen er ch hierin, ähnlich wie bei der missio, hätte richten müssen, nd nie gegeben worden, es war also Alles dem richterlichen rbitrium überlassen.

Was folgt hieraus für unser heutiges Recht? Jener erste Beweis fällt hinweg, weil das Interdict jedem heres zusteht. Im Uebrigen aber müssen wir in Beziehung auf jenen zweiten Beweispunkt dem Richter auch heutzutage durchaus dasselbe Arbitrium zugestehen, welches auch schon im Römischen Rechte galt.

Unsere Literatur scheint mir in dieser Beziehung einen falschen Weg gegangen zu sein, auf dem sich nie ein Resultat wird erlangen lassen. Man hat hier immer aus der Natur der Sache Sätze ableiten wollen, welche als nothwendige Folgerungen für den Richter bindende Regeln enthalten sollten. Aber die Wahrscheinlichkeit ist etwas ganz Willkührliches, über welche verschiedene Menschen sehr verschiedene Ansichten zu haben pflegen, und bei der es auch überhaupt stets auf die factischen Verhältnisse jedes einzelnen Falls ankommt. Aus der Natur der Sache folgt hieraus also gar nichts, und wenn es daher für den Richter bindende Vorschriften geben soll, so können dies nur rein positive gesetzliche Bestimmungen sein. Da wir aber diese bekanntlich nicht haben, so folgt es von selbst, daß Alles dem freien Arbitrium des Richters überlassen bleiben muß. Die Regeln, die die Wissenschaft hier aufstellen kann, gehören lediglich in das Gebiet der Rathschläge, durch die man dem Richter allgemeine Anleitung giebt, wie er im einzelnen Fall am umsichtigsten verfahren werde. Eine höhere Kraft haben sie nicht.

Solcher Rathschläge, die aber freilich nach der Absicht der Schriftsteller mehr bedeuten sollten, sind folgende aufgestellt worden.

a. Es brauchen manche Punkte, welche in dem Proceß über die Gewißheit (her. pet.) allerdings in Betracht kom-

8) Diese Behauptungen beziehen sich theils auf die eigene persönliche Berechtigung, theils auf das Nichtvorhandensein anderer näher berechtigter Personen (§. 144. Note 5. §. 153 Note 1.).

men, in dem Verfahren über den Einsatz nicht untersucht zu werden, sie sind also bis zum Erbschaftsproceß auszusetzen. In dieser Hinsicht hat man meistens nur von den Behauptungen des Beklagten gesprochen, und sich ziemlich dahin geeinigt, daß nur einige wenige Exceptionen gegen das Interdict vorgebracht werden dürften [9]). Gewiß ist es richtig, daß der Richter den Zweck des Einsatzes verfehlen würde, wenn er die Vorbringung aller möglichen Exceptionen zulassen wollte, und er ist durchaus berechtigt, sie insgesammt (auch mit Inbegriff der in Note 9 aufgezählten) auszuschließen. Man hätte nur noch weiter gehen, und, statt immer bloß von den aus dem Interdictsproceß auszuscheidenden Behauptungen des **Beklagten** zu sprechen, umgekehrt die Frage auch auf den **Kläger** übertragen sollen. Auch für ihn giebt es vielerlei Punkte, die freilich zur her. pet. gehören würden, einstweilen aber beim Einsatz noch ununtersucht und unbewiesen bleiben können, trotz dem, daß er als wahrscheinlicher Erbe bereits *einzusetzen* ist. Ich werde hierauf unter Nro. c zurückkommen.

b. Von jeher hat man angenommen, daß überhaupt alle Behauptungen der Parteien, sowohl die klägerischen, als auch die des Beklagten, soweit man sie überhaupt zuläßt, **in continenti** bewiesen werden müssen [10]). Und in der That kann

9) Als solche Exceptionen hat man aufgezählt die Einrede der **Verjährung** von 30 J. (**Menoch** l. c. §. 101.), die exceptio **dominii** (**Raphael Fulgosius** ad l. 3. C. quor. bon. **Bartolus** ad l. 3. C. eod. **Baldus** eod. **Menoch** §. 103. Man sieht hieraus, daß man sich den richtigen Satz, das Interdict gebe nicht gegen den titulo singulari possidens, doch unklar dachte), die exceptio latae sententiae in petitorio (**Menoch** §. 105.), die exceptio doli (**Bartolus** l. c. meint dies wegen reg. 59. de regul. jur. in VIto). Von den späteren Schriftstellern werden diese Exceptionen meistens wiederholt. — Man hat in Beziehung auf die Zulässigkeit der Einreden die missio und das Interdict stets als gleichartig behandelt, und von dem Einen auf das Andere geschlossen. Schon **Azo** Summa Cod. ad tit quor. bon. thut dies; und man ist auch vollkommen dazu berechtigt.

10) Die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller (und so auch die Späteren) heben dies bei den Einreden, welche sie überhaupt zulassen, stets ganz besonders hervor. **Salicetus** (ad l. 3. C. quor. bon.) stellt denn auch ganz allgemein den Satz auf, daß alle ex-

eser Regel in so allgemeiner Fassung vollkommen beigestimmt erden; sie ist das, worauf ein vernünftiges Arbitrium des Richters nach dem ganzen Zwecke des Einsatzes von selbst führt. emand der rasch den interimistischen Besitz verlangt, würde ch selbst widersprechen, wenn er für sein Gesuch weitaussehende und langdauernde Beweisführungen in Anspruch nehmen wollte. Er kann sich daher nicht beklagen, wenn der Richter m in solchem Falle mit seinem Verlangen abweist. Und umgekehrt, da der Richter befugt ist, alle die Sache verweitläufigenden Einreden auszuschließen, so versteht es sich von selbst, aß, wenn er es passend hält, sie zuzulassen, er dies rathsamer Weise unter jener Beschränkung thut.

Aber unsere Regel ist nur eine ganz allgemeine. Alle speielleren Folgerungen, die man daraus gezogen hat, namentlich aß hier die Grundsätze des Executivprocesses angewandt weren müßten [11]), entbehren jedes Grundes.

c. Während in den vorhergehenden beiden Sätzen unerer Literatur allerdings ein richtiges Element liegt, muß man ich besonders entschieden gegen die dritte Regel, welche außerordentlich oft wiederholt worden ist, verwahren. Sie bezieht ich lediglich auf den Kläger, und es sollen danach alle von emselben aufgestellten Behauptungen nur einer **semiplena probatio** bedürfen. Sie ist auch niemals ganz allgemein herrschend geworden, viele Schriftsteller haben vielmehr auch im Interdictsproceß die Erbringung eines vollen Beweises für eine entschiedene Vorschrift des Römischen Rechts erklärt [12]).

---

ceptiones, welche nicht in continenti bewiesen werden könnten, auszuschließen seien.

11) Dagegen erklärt sich mit Recht Bayer Summ. Proc. §. 70. Note 4. So versucht neuerdings auch wieder Gerau a. a. O. S. 326 ff. „aus dem Zweck und Erfolg der possessorischen Rechtsmittel, aus den gesetzlichen Dispositionen selbst, und den allgemeinen Grundsätzen über Rechtsgleichheit der Parteien" nachzuweisen, daß nothwendig von beiden Seiten nur liquide Beweismittel, also Urkunden, vorgebracht werden dürften, Eide mithin ausgeschlossen seien.

12) Die Hauptstelle, auf die man sich dabei stützte, war die l. 1. C. quor. bon. (s. Bd. I. S. 389), worin es heißt: interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, **quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel b.**

Aber allerdings kann man jene Ansicht, daß nur ein halber, summarischer Beweis nöthig sei, die durchaus vorherrschende nennen [13]).

Im Römischen Rechte ist nun dieser Begriff einer semiplena probatio, wie ihn die Neueren gefaßt haben, gar nicht zu finden. Im Allgemeinen freilich kann man wohl zugeben, daß, da es sich hier nicht um die Gewißheit sondern Wahrscheinlichkeit des Erbeseins handelt, der Richter nicht streng an die processualischen Beweisregeln, die sich eben auf die Herstellung der juristischen Gewißheit beziehen, gebunden ist. Vielmehr hat der Richter auch in dieser Hinsicht eine freiere Stellung, es kommt darauf an, daß ihm eine vernünftige Ueberzeugung von der Wahrscheinlichkeit des klägerischen Rechtes erweckt werde [14]). Allein hiemit scheint mir der Hauptpunkt, auf den es eigentlich ankommt, noch gar nicht getroffen zu sein.

---

p. admissum probaveris. Da diese Worte sehr deutlich sprechen, so haben sie den Freunden der semiplena probatio von jeher viel Schwierigkeit gemacht.

13) Schon Bartolus sagt, (ad l. 1. C. quor. b. §. 3.) mit Berücksichtigung der in voriger Note angeführten Stelle, es sei z. B. um die quasi possessio filiationis zu beweisen, §. 10. das Interdict sei daher viel nützlicher als die her. pet., indem bloß summaria cognitio und semiplena probatio erfordert werde. Wenn die Glosse sage, hier müsse auch plene bewiesen werden, so widerspreche sie sich selbst. Es sei dies aber so zu verstehen: der Beweis bei der Agnition der b. p. sei noch summarischer, und im Gegensatz davon konnte man den beim Interdict schon plena nennen, der dann aber doch im Verhältniß zur her. pet. nur summarisch sei! Als Grund wird angegeben, daß ista caúsa sit modici praejudicii, und man Alles ja noch genauer im Erbschaftsstreit kennen lerne. — Ganz ähnlich ist Raphael Fulgosius ad l. 1. C. quor. bon. §. 6. ad Rubr. C. quor. bon. §. 4. s. auch Baldus ad l. 1. C. quor. bon. Schneidewinus l. c. §. 45. — Zu den Gegnern dieser Ansicht gehört namentlich Menoch §. 96., welcher mit Ripa und Salicetus annimmt, da bei den Interd. recuper. poss. voller Beweis nöthig sei, so müsse dies auch für die adipiscendae angenommen werden. — Es ist nicht nöthig, alle die folgenden Schriftsteller, jenachdem sie der einen oder anderen Ansicht sind, hier aufzuzählen.

14) Ganz richtig stellen Cinus ad C. quor. bon. und Raph. Ful-

Man hat irrthümlich die Sache immer so gefaßt, als wenn der Kläger alle zur Begründung seines Erbrechts nöthigen Thatumstände, ebenso wie sie zur **her. pet.** gehören, nachzuweisen habe, und der Unterschied nur sei, daß er sie bei der **her. pet.** vollständig, dagegen beim Interdicte bloß zur Hälfte darzuthun habe. Ich will hier nicht weiter ausführen, wie schwierig und practisch undurchführbar dieser Begriff der **semiplena probatio** ist. Es genügt zu bemerken, daß wir davon im Römischen Rechte beim **Int. quor. bon.** gar keine Spur entdecken können. Vielmehr finden wir hier ganz etwas Anderes, das, wie mir scheint, eine viel natürlichere und practisch brauchbarere Regel enthält.

Jedes Erbrecht stützt sich auf eine oft sehr große Reihe einzelner Voraussetzungen. Ich habe nun in den früheren Untersuchungen nachgewiesen, daß diese zur Zeit der klassischen Juristen in die zwei Klassen der bedingenden und vernichtenden Beweise zertheilt waren, d. h. nur einzelne Punkte aus der ganzen Zahl der Voraussetzungen wurden herausgehoben, diese ließ sich der Prätor bei Agnition der **b. p.** beweisen, und danach ward der Erbittende, mit Uebergehung der übrigen Punkte, als der wahrscheinlich Berechtigte präsumirt. Der Unterschied war nur, daß bei der **sec. tab.** aus besonderen Gründen dieser herausgehobene „bedingende Beweis" ein für allemal im Edict fest bestimmt war, während dies bei den übrigen Klassen dem Ermessen des Prätors im einzelnen Fall überlassen blieb. Ich habe aber bei jeder einzelnen Klasse nachgewiesen, welche Punkte wir uns ungefähr in dem Kreise dieser bedingenden Beweise zu denken haben, wobei denn noch zu berücksichtigen ist, daß diese Beweise wenn es dem Prätor passend schien auch noch ganz suspendirt und der Beurtheilung des **judex** im Interdictenproceß überlassen bleiben konnten [15]). So war z. B. bei der **c. t. b. p.** ein Hauptpunkt, der schon bei der Agnition oder wenigstens im nachfolgenden Proceß vom Kläger bewiesen werden mußte,

---

gosius (**ad l. 1. C. q. b.**) das Princip auf: **fidem judici faciendam.**

15) s. Bd. I. S. 391.

das Kindesverhältniß zum Erblasser [16]). Und hier liegt nun nicht der geringste Grund vor, daß über diesen Punkt nicht ein wahrer Beweis, wie ihn die Römischen Beweisregeln überhaupt forderten, habe erbracht werden müssen.

Gegen den Kläger konnten dann vom Gegner die vernichtenden Beweise vorgebracht werden, und dies war nöthig, da die b. p. ja in der klassischen Juristenzeit gar nicht bloß zur Verleihung eines interimistischen Besitzes diente. Dagegen waren allerdings alle Behauptungen des Beklagten, welche darauf ausgingen, daß er heres sei, abgesehen von gewissen Ausnahmen unzulässig. In der späteren Kaiserzeit haben wir nun dies sich dahin umgestalten sehen, daß das Interdict sich jetzt lediglich auf Herstellung eines interimistischen Besitzes beschränkte, daß die Gegenbehauptung des heres-Sein zugelassen wurde, aber nun der Richter nur über die Wahrscheinlichkeit der Behauptungen des Klägers und des Beklagten entschied. Sollen wir nun glauben, die Beweisart der klägerischen Behauptungen sei dadurch verändert? Ich sehe nicht den mindesten Grund. Das was früher bei der Agnition geschah, war in den Interdictenproceß hinübergeschoben, was der Prätor sich reservirt hatte, war jetzt dem Richter überlassen. Daß der Richter es in ganz anderer Weise ausgeübt habe, ist schon an sich selbst unwahrscheinlich, ja es wird direct dadurch widerlegt, daß die Compilatoren es für passend fanden, die in Note 12 citirte Stelle unverändert aufzunehmen.

Wir können also allerdings sagen, daß im Interdictenproceß über die Wahrscheinlichkeit entschieden wird, und es für den Kläger nur der Bescheinigung seines Erbrechts bedarf, aber wir dürfen dies nicht so verstehen, daß über alle Voraussetzungen des Erbrechts ein halber Beweis zu liefern wäre, sondern der Richter hat nach vernünftigem Ermessen einen oder mehre Hauptpunkte zum Beweise auszuwählen, welche genügen, um die Wahrscheinlichkeit des klägerischen Erbanspruches daraus zu schließen, er muß, was überhaupt von den Lebens- und Verwandtschaftsverhält-

16) s. oben §. 98. a. E. fr. 8. §. 12. de b. p. c. t. „Ut autem admittantur ad b. p., ex liberis eos esse oportet. Ebenso die Note 12 citirte Stelle: non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse — probaveris.

ſſen des Erblaſſers ſo wie des Erbprätendenten bekannt iſt, bei berückſichtigen. In dieſer Hinſicht gilt das oben (Text Note 14.) Geſagte, daß der Richter in Beziehung auf das, 's er einſtweilen als richtig vorausſetzen und was er umgeyrt zum Beweiſe verſtellen ſoll, durchaus nicht an die proſualiſchen formellen Beweisregeln, und namentlich nicht an n Satz: quod non est in actis, non est in mundo geinden ſein kann. Wir müſſen nothwendig, wenn der Einſatz ie vernünftige Geſtaltung haben ſoll, ihn als ein Inſtitut trachten, in dem der Richter zum Zweck einer umſichtigen rbſchaftsregulirung mit paſſender Berückſichtigung der Umınde ſelbſtändiger und nicht als ein Sclave der Akten eingreiı kann. Darf er ja doch nach freiem Ermeſſen den Gütern ıen Curator ſetzen, oder ſie ſequeſtriren, und entſcheidet er ja ch, wie ich vorher gezeigt habe, durch letztere Verfügung implite über die Unzuläſſigkeit des Einſatzes. So muß denn auch ngekehrt bei der Zulaſſung des Einſatzes ſeine Thätigkeit dielbe ſein. Man muß bedenken, daß es ſich hier nicht um ein ɔon beſtehendes, und vom Gegner verletztes Recht, ſei es auch ır des Beſitzes handelt. Das ganze Inſtitut ruht nur auf m Grunde, daß man es für paſſend hält, ehe über das Erbcht entſchieden wird, demjenigen durch richterliche Machtvollımmenheit zum Beſitze zu verhelfen, welcher die Wahrſcheinchkeit für ſich hat, und einem eigenmächtigen Beſitzergreifer genüberſteht (§. 145.). Es iſt kein Proceß über ein verletzs Recht, ſondern es iſt ein Verfahren, was ſich daraus geaaltet, daß rathſamer Weiſe die Erbſchaftsregulirung, auch abeſehen von den eigentlichen Proceſſen über das Erbrecht, unter chterlicher Oberaufſicht ſtehe. So muß denn auch der Richter efugt ſein, ſeine eigenen Kenntniſſe von der Lage des Erbfalls ıalten zu laſſen. Er muß z. B. wenn verſchiedene Perſonen us mehren hintereinanderſtehenden Klaſſen der Inteſtatſucceſon auftreten, den entfernteren Klaſſen die Klage von vorn erein denegiren, und nur der nächſten Klaſſe das Interdict egen den Beſitzer zugeſtehen dürfen, ſobald die Wahrſcheinlicheit für die erſte Klaſſe ſpricht. Mag dann auch in Wahrheit ieſe erſte Klaſſe unberechtigt ſein, etwa weil ſich die Unterſchiebung eines vermeintlichen Kindes darthun läßt. Der fol-

genden Klasse geschieht wahrlich kein Unrecht, wenn man sie auf die Anstellung der her. pet. verweist. Ebenso muß der Richter, wenn sich etwa ein entfernter Cognat meldet, und ihm bekannt ist, daß der Erblasser Kinder hinterlassen hat, bereit sein, ehe er das Interdict gegen den dritten Besitzer zuläßt, die Kinder zu laden, um Auskunft zu erhalten, ob sie sich der Erbschaft annehmen wollen. Und falls dies bejaht und von den Kindern der Einsatz verlangt wird, so darf das Gesuch des Cognaten sogleich abgeschlagen werden [17]).

Das sind einzelne Beispiele, deren sich leicht noch viele aneinanderreihen ließen, und in denen allen die Antwort, wie ein umsichtiger Richter zu verfahren habe, wenig Bedenken hervorrufen kann. Es fragt sich nur noch, ob das große arbitrium, das wir hier dem Richter vindiciren, eine passende Rechtsgestaltung genannt werden könne. Jedenfalls würde, auch wenn wir dies verneinten, daraus kein Grund hervorgehen, daß das Institut des Einsatzes *in unserem heutigen* Rechte anders bestände, als ich es bisher geschildert habe. Es könnte daraus nur folgen, daß es wünschenswerth sei, das Institut umzugestalten. Aber auch dies muß ich läugnen. Wenn wir es überhaupt für brauchbar halten (§. 145.), so werden wir es, glaube ich, unbedenklich in dieser durch positive Rechts-Vorschriften nur ganz dürftig normirten Gestalt lassen dürfen. Es ist nicht nöthig, dem Richter durch den formellen Buchstaben des Gesetzes in aller Weise die Hände zu binden. Es ist nicht einmal möglich, über diesen eigenthümlichen Begriff der Wahrscheinlichkeit des Erbrechts (abgesehen von den Testamenten) eine brauchbare allgemeine Regel zu geben. Wir dürfen doch wohl unseren Richtern so viel trauen, daß sie vor blinder regelloser Willkühr sich zu bewahren vermögen. Es giebt Rechtsgebiete, in denen der Buchstabe des Gesetzes mehr schadet als nützt, und bei denen wir, wenn das Institut nicht todt oder schädlich sein soll, in gewissen Gränzen dem Richter freie Bewegung verstatten müssen.

---

17) Aehnlich wie der Prätor, wenn er wußte, daß *scripti heredes* die Erbschaft schon angenommen hatten, der folgenden Klasse gar keine b. p. mehr ertheilte. Bd. I. S. 287.

§. 194. — 8. Es ist jetzt noch ein letzter Punkt kurz zu erwähnen. Man hat von jeher angenommen, daß das Verfahren eine **summaria cognitio** sein müsse, und nach dem ganzen Wesen des Einsatzes versteht sich dies von selbst. Weiter aber auch steht hier nichts fest, und wenn nun nach den allgemeinen Regeln des summarischen Processes der Streit heutzutage doch oft so lange dauert, daß der Zweck desselben ganz verfehlt wird, so tragen davon weniger unsere Proceßzustände überhaupt die Schuld, deren Umgestaltung wir daher hier nicht erst abzuwarten brauchen. Es ist vielmehr die Verkennung des Wesens dieses einzelnen Instituts, das in sich selbst der Anzeigen genug trägt, wie der Richter es zu behandeln habe, und sobald man dies nur erfaßt, so ist auch jetzt schon der Richter befugt, das Verfahren ihm entsprechen zu lassen. Man hat das **Int. quor. bon.** mit den **Interdicta retinendae** und **recuperandae possessionis** als gleichartig zusammengestellt. Allerdings ist dies soweit richtig, als es sich auch in ihm **de possessione** handelt, aber im Uebrigen stehen sie auf practisch ganz verschiedener Stufe. Das **adipisci** der **possessio** ist im Allgemeinen nur dem möglich, der das Recht auf den geforderten Gegenstand nachweist. Soll Jemand auch ohne das dazu befugt sein, so muß sich das immer auf ganz singuläre Gründe stützen. Solche sind in der That im Erbrecht vorhanden, aber man muß nun auch immer festhalten, daß hier kein Streit um ein Recht selbst vorliegt, also auch kein gewöhnlicher Proceß. Der Einsatz ist kein Streit um das Erbrecht, auch nicht einmal um den Besitz des Erbrechts (denn den giebt es gar nicht mehr), es ist vom Beklagten gar kein schon bestehendes Recht des Besitzes verletzt worden. Der Einsatz ist eine mehr polizeiliche Maaßregel des Richters, und will man ihn daher mit einem anderen Institut vergleichen, so soll man ihn mit dem **possessorium summariissimum** zusammenstellen [1]). Auch hier haben wir „einen Proceß, dessen Leben nur nach Tagen, höchstens nach Wochen berechnet werden darf.“ Und wenn wir eine **missio Hadriana** oder ein **Int. quor. bon.** sich durch lange Jahre und alle drei Instanzen hindurchschlep-

1) Savigny Besitz (6. Ausg.) S. 651. ff.

pen sehen, so ist das ein Unwesen, dem jeder vernünftige Richter, der mit falscher Praxis keinen „unverzeihlichen Götzendienst“ treibt, wo er kann, entgegentreten muß. Ebenso wie beim summariissimum der höhere Richter die eingelegte Appellation ohne Weiteres zurückweisen muß, wie man dabei auch nicht einmal die Appellation mit Versagung des Suspensiveffects zulassen darf, so sollte das auch hier geschehen.

Der Mißbrauch, daß man Appellationen zugesteht, ist beim Einsatz um so größer, weil man wenigstens in Beziehung auf die missio, die immer der practisch häufigste Fall ist, dem Römischen Rechte, das man doch im Uebrigen befolgt, direct entgegenhandelt 2). Aber man wird einwerfen, daß wenigstens beim Interdicte die Appellation nicht verweigert werden könne, weil Justinian das frühere Verbot nicht aufgenommen habe? Als wenn das Fehlen jener Stelle (§. 146.) in einer so stiefmütterlich behandelten Lehre, wie sie das Interdict entschieden ist, schon einen sicheren Beweis abgäbe, daß Justinians Wille wirklich auf Aenderung des bisherigen Rechtes gerichtet war! Und von jeher hat man in Deutschland bei anderen Punkten Schlüsse von der missio auf das Interdict gezogen, hat beide Institute immer als gleichartig behandelt, und nun soll es hier in dieser einen Frage, weil der Buchstabe des Gesetzes fehlt, anders sein, während man doch schon nach dem Wesen des Institutes auch ohne alles gesetzliche Verbot der Appellation sie ebenso wenig als beim summariissimum zulassen sollte 3).

---

2) fr. 7. de appell. recip. l. 6. C. quor. appell. non recip. (7. 65.). s. Bayers Summar. Proceß §. 70. Note 8. — Es ist ein reiner Mißbrauch, denn in der Literatur ist immer auch mit dem Bewußtsein eines vernünftigen Grundes (quod possessorium summarium est, ideo appellationem non admittit. Mevius II. decisio 282) die Appellation für unzulässig erklärt worden.

3) Mit Recht hat sich auch die Mehrzahl der Schriftsteller gegen die Appellation beim Int. quor. bon. aus demselben Grunde wie bei der missio erklärt. Bartolus ad l. 1. C. quor. bon. §. 13 („quia est quodammodo quaestio momentaneae possessionis“) Raphael Fulgosius ad Rubr. C. q. b. §. 4. mit Berufung auf l. un C. si de momentanea poss. (7. 69.). Cinus ad tit. C.

Das Recht des Einsatzes ist hiermit dargestellt. Wir haben also in der That noch heutzutage jenes possessorische interimistische Element, welches durch die b. p. für den heres eingeführt worden war. Das Recht des Einsatzes steht in gewisser Weise auf gleicher Stufe mit jenen besonderen Fällen der interimistischen Einweisung, von denen früher die Rede gewesen ist, nämlich der b. p. Carboniana, furiosi nomine, und der missio ventris nomine. In gewisser Weise kann man noch dazu zählen die einstweilige Besitznahme der Erbschaft von Seiten des unter einer Bedingung eingesetzten Erben, nur daß hier, weil überhaupt die Agnition der b. p. hinweggefallen ist, die richterliche Mitwirkung (ebenso wie bei der cautio Muciana) gar nicht als eine Nothwendigkeit erscheint. Obgleich dies nun allerdings bei jenen anderen drei Instituten der Fall ist, so dürfen sie doch im Uebrigen mit dem Rechte des Einsatzes keineswegs als ganz gleichartig zusammengeworfen werden. Die Rechte, welche der immittirte venter, impubes, und furiosus in Beziehung auf die Erbschaft haben, sind schon unter sich nicht gleichartig, sie erklären sich aus der Eigenthümlichkeit jedes dieser Fälle. Das Gemeinsame aller drei Fälle ist aber, daß sie sich mehr auf die hereditas als universitas beziehen, und alle Theile der Erbschaft, keineswegs bloß die corpora hereditaria, zum Gegenstande haben. Sie sind mehr dem alten Rechtsverhältniß der b. p. sine re, so lange der heres die Erbschaft noch nicht evincirt hatte, ähnlich, und es leidet keinen Zweifel, daß hier

---

quor. bon. §. 4. und ad l. un. C. si de mom. poss. Der Grund dieses Satzes sei, daß die Processe nicht übermäßig verlängert werden dürften, namentlich die possessorischen, aus denen ein gravamen stets in petitorio wieder gut gemacht werden könne. Salicetus ad l. 1. C. quor. bon. („Oppo. sexto" und in fine). Friderus Mindanus l. c. §. 75. Wesenbecius ad tit. quor. bon. (Dagegen Hahn ad Wesenbec. erklärt sich für die Appellation). Schneidewinus l. c. §. 42. Müller ad Struvium ad tit. quor. bon. §. 18. sagt wenigstens, regelmäßig könne wie von allem possessorio momentaneo seu summariissimo nicht appellirt werden, während dies Brunnemann ad C. h. t. ratione effectus devolutivi limitire. Andere (z. B. Lauterbach ad tit. quor. bon. §. 10.) läugneten wenigstens den Suspensiveffect.

auch noch für den interimistisch Eingewiesenen utiles actiones (activ und passiv, dingliche und persönliche) vorkommen können [4]).

Aber ebenso wenig ist es auch einem Zweifel unterworfen, daß diese Nebeninstitute, die, auf eigenthümlichen singulären Gründen ruhend, ihre selbständige Natur haben, nicht dazu benutzt werden können, um dadurch das Recht des Einsatzes, welches ein allgemeines aller regelmäßigen Erbklassen ist, analogisch zu erweitern. Daß dasselbe nur auf die corpora hereditaria gerichtet ist, darf wohl als unbedenklich angenommen werden [5]), und so gilt denn auch für unser heutiges Recht, was ich im §. 147. über den Unterschied des neueren possessorischen Elementes von der alten b. p. sine re, und über die Stellung des Eingesetzten bei Allem, was über die corpora hereditaria hinausgeht, entwickelt habe [6]). Es bedarf wohl keiner weiteren Auseinandersetzung, daß für uns kein practisches Bedürfniß vorliegt, von diesem engeren Kreise wieder zu jener vollen interimistischen Universalsuccession der b. p. sine re, zurückzukehren.

---

4) fr. 4. de Carbon. ed. — possessoriis actionibus utetur, sed si post pubertatem contra eum judicatum fuerit, denegabuntur ei actiones s. §. 170. Nr. 2.

5) s. §. 162. Note 2. §. 139. u. §. 49.

6) Vgl. auch §. 151.

Quellenregister.

I. Vorjustinianeische Quellen.

II. Justinianeische Quellen.

26. Institutionen.

Institutionen.

27. Pandekten.

Pandekten.

Pandekten.

Lib. 28. tit. 3. de injust. rupt. test.
fr. 3. §. 1. (II. a. 237. 242.)
— 3. §. 6. (II. a. 180.)
— 4.
— 5. (II. a. 180.)
— 6. §. 12. (II. a. 272.)
— 8. pr. (II. a. 229.)
— 11. (I. 181. 189.)
— 12. (I. 189. II. b. 303.)
— 12. pr. (II. a. 68. 164. 286.)
— 17. (II. a. 50. 124. 164. 167. 198. 280.
— 18. (II. a. 222. 224. 230.)
Lib. 28. tit. 5. de hered. instit.
fr. 1. §. 1. (I. 154.)
— 4. pr. (II. a. 163.)
— 9. pr. (I. 190.)
— 9. §. 12. (II. b. 163.)
— 23. (II. b. 70. 71. 154.)
— 23. pr. — §. 2. (II. a. 323.)
— 23. §. 2. (II. a. 11.)
— 23. §. 3. (II. a. 322. II. b. 387.)
— 23. §. 4. (II. a. 314.)
— 58. (I. 154.)
— 59. §. 4. (II. a. 313.)
— 76. (II. a. 185.)
Lib. 28. tit. 6. de vulg. et pup. subst.
fr. 1. §. 1. (I. 67.)
— 16. §. 1. (II. a. 285.)
— 20. (I. 197.)
— 20. §. 1. (I. 154.)
— 22. (II. a. 122.)
— 34. §. 2. (II. a. 121. 188.)
— 35. (II. a. 121. 188.)
— 43. §. 2. (II. a. 185.)
Lib. 28. tit. 7. de cond. instit.
fr. 15. (II. a. 163.)
— 28. (II. a. 188.)
Lib. 28. tit. 8. de jure deliber. (II. a. 320.)
fr. 1. (II. a. 322.)
— 1. §. 1. (II. a. 320.)
— 2. (II. a. 322. 324.)
— 3. (II. a. 322. 324.)
— 7. (II. a. 322.)
— 7. pr. (II. a. 320.)
— 7. §. 2. (II. a. 320.)
— 8. (II. a. 281.)
— 10. (I. 118.)
Lib. 29. tit. 1. de testam. milit.
fr. 3. (II. a. 265.)
— 7. (II. a. 227. 230.)
— 8. (II. a. 227. 230.)
— 15. §. 1. (II. a. 288.)

Pandekten.

Lib. 29. tit. 1. de testamento mil.
fr. 24. (I. 154.)
— 27. (II. a. 288.)
— 36. §. 3. (II. a. 288.)
Lib. 29. t. 2. de acq. vel om. hered.
fr. 6. pr.
— 6. §. 1. (II. b. 331.)
— 6. §. 4. (II. a. 62.)
— 15. (II. a. 62.)
— 16. (II. a. 62.)
— 17. pr. (II. b. 311. 330.)
— 19. (II. b. 311.)
— 22. (II. b. 311. 329.)
— 25. §. 6. (II. b. 330.)
— 26. §. 6. (II. b. 330.)
— 25. §. 8. (II. b. 328.)
— 26. §. 9. (II. b. 329.)
— 25. §. 13. (II. b. 328.)
— 25. §. 14. (II. b. 331.)
— 25. §. 15. (II. b. 331.)
— 30. §. 3.
— 30. §. 4. (II. b. 311. 330.)
— 30. §. 4.
— 30. §. 5.
— 30. §. 6. (II. a. 74.)
— 30. §. 8. (II. b. 311.)
— 32. pr. (II. b. 311. 330.)
— 32. §. 2. (II. b. 311.)
— 34. pr. (II. a. 62.)
— 48. (II. b. 332.)
— 51. §. 2. (II. b. 311. 329. 330.)
— 52. pr. (II. b. 247.)
— 54. (II. b. 459.)
— 62. pr. (II. b. 120.)
— 69. (I. 118. II. a. 322. II. b. 126. 461.)
— 70. (II. a. 322. II. b. 461.)
— 70. pr. (I. 118.)
— 72. (II. b. 123.)
— 84. (II. a. 73. II. b. 346.)
— 86. pr. (II. b. 346.)
— 90. pr. (II. b. 322. 337.)
Lib. 29. tit. 3. testam. quemadm. aperiant. (II. a. 316.)
fr. 2. §. 1. (I. 172.)
— 2. §. 4. (II. a. 316.)
— 2. §. 8. (I. 338.)
— 4.
— 5. (I. 338.)
— 8. (II. a. 314.)
Lib. 29. tit. 4. si quis omiss. caus.
fr. 1. §. 7. (I. 118. II. a. 281.)
— 6. §. 3. (II. a. 314.)
— 23. (II. a. 187.)

Pandekten.

Pandekten.

Pandekten.

Pandekten.

Pandekten.

Codex.

Codex.